This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

VARD LAW LIBRARY
4 097 734 800

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Dec. 20, 1898.

ROMAN
909
GAI/G

France

ÉTUDE SUR GAIUS

ÉTUDE

SUR

GAIUS

ET SUR

QUELQUES DIFFICULTÉS

RELATIVES AUX SOURCES DU DROIT ROMAIN

PAR

E. GLASSON

Membre de l'Institut, Professeur à la Faculté de droit

NOUVELLE ÉDITION, COMPLÈTEMENT REFONDUE

PARIS

A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, ÉDITEURS

Libraires de la Cour d'Appel et de l'Ordre des Avocats

G. PEDONE-LAURIEL, SUCCESSEUR

13, RUE SOUFFLOT

1885

For 17
G

ERRATA

Page 65, ligne 19, au lieu de : *addition*, lisez : *adition*.
Page 193, ligne 13, au lieu de : *Juliens*, lisez : *Juniens*.
Page 200, note 1, lig. 15, au lieu de : *sujet*, lisez : *projet*.
Page 297, ligne 1, au lieu de : *écrit, pense que*, lisez : *écrit que*.
Page 316, ligne 24, au lieu de : *Antoine*, lisez : *Aurèle*.

Rec. Dec. 20 1898

BIBLIOGRAPHIE

Voici les travaux les plus remarquables qui ont é'é faits sur Gaius depuis la découverte de ses Institutes :

Otto, *Tentam. ad Gaium.* Lips., 1821.

Gans, *Scholien zum Gaius.* Berlin 1821.

Dupont, *Disquisitiones in commentarium quartum Institutionum Gaii.* Lugd. Bat., 1822.

Dircksen, *Versuch zur Kritik und Auslegung der Quellen des römischen Rechts.* Leipsig, 1823, (Abh. 3.

Unterholzner, *Conjecturæ de supplendis lacunis quæ in Gaii Institutionum commentario IV occurrunt.* Wratislaw, 1823.

Uslar, *Dissertatio forensis de jure civili ex genuis Gaii commentariis hauriendo,* Gœttingue. 1823.

Schrader, *Was gewinnt die römische Rechtsgeschichte durch Gaii Institutionen?* Heidelberg, 1823.

Haubold, *Quantum fructum ceperit Romana jurisprudentia e Gaii Inst. genuis,* in opusc.; edidit Venk, vol. I, p. 655, sqq.

Von Brockdorf, *Die Inst., Com. des Gaius aus dem Latein mit Bemerkungen.* Schlesvig, 1824.

Brinckman, *Notæ subit. ad Gaii Inst.* Lips., 1824.

Elvers, *Promptuarium Gaianum seu doctrina et latinitas quas Gaii Institution. com. quat. occurrunt.* Gœttingue, 1824.

Dittmar, *De nomine, ætate, studiis ac scriptis Gaii jurisconsulti romani.* Lips., 1826.

Heffter, *Gaii Institutionum commentarius quartus.* Berol., 1827.

Puchta, *Verisimilium, cap.* 6. Lips., 1839.

Van Assen, *Adnotatio ad Gaii Inst. Com. I.* Lugd. Bat., 1826; 2e édition, 1838. *Ad Com. II, usque ad locum de legatis.*, 3e édition, 1855.

Pœschmann, *Studien zum Gaius.* Lips., 1854 et 1860.

Huschke, *Gaius, Beitræge zur Kritik und zum Werstandniss seiner Institutionen*, Lips., 1855.

Du même, *Zur Kritik und Interpretation von Gaius Institutionen* dans les *Studien des römischen Rechts*, t. Ier et unique, Breslau, 1830.

Du même: *Kritische Bemerkungen zum viertem Buch der Inst. des Gaius,* dans le tome XIII de la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (p. 348).

Asher, *Gaius noster* dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* de Rudorff, tome V, p. 85.

Bluhme, *Palæographische und kritische Miscellen*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* de Rudorff, III, p. 446.

Dernburg, *Die Institutionen des Gaius, ein Collegienheft aus dem Iahre 161 nach Christi Geburt*, 1 broch., Halle, 1869.

Goudsmit (traduction allemande par Sutro), *Studemund's Vergleichung der veroneser Handschrift; Kritische Bemerkungen zu Gaius.* Utrecht, 1875-1876.

Caillemer, *Notes sur Gaius,* 1 broch.

Flach (Georges), *De l'enseignement du droit chez les Romains*, 1 broch., Strasbourg, 1878, p. 89 et suiv.

Padeletti, *Del nome di Gaio giureconsulto* (article inséré dans l'*Archivio giuridico*, vol. XIII, ann. 1874, p. 324).

Cattaneo, *Del nome di Gaio, il giureconsulto romano del II secolo dell' èra volgare* (Extratto dai *Rendiconti* del R. Instituto Lombardo, série II, vol. XIV, fasc. X-XI).

§ 1.

Introduction.

1. Utilité de cette étude.

1. — La découverte des Institutes de Gaius a opéré une véritable révolution dans la science du droit romain, surtout au point de vue historique. De nos jours on étudie autant les Institutes de Gaius que celles de Justinien : les unes sont le complément nécessaire des autres, ou pour mieux dire en préparent la connaissance. Aussi s'est-on beaucoup occupé de Gaius, de sa vie, de ses écrits, de la découverte du manuscrit de Vérone. Mais les différentes questions qui se rattachent à ce jurisconsulte, n'avaient pas encore été rapprochées les unes des autres, et réunies dans un travail général lorsque parut, en 1867 ,la première édition de cette monographie. J'avais pensé qu'à une époque où les Institutes de Gaius occupaient une si grande place dans les études de droit romain, il n'était pas inutile de grouper, dans un travail spécial, toutes les conjectures et les opinions qui ont été émises dans des études partielles publiées

en France, en Allemagne et en Italie. A ces appréciations, je me suis permis de joindre celles qui m'ont été suggérées par une lecture attentive et plusieurs fois répétée des commentaires de Gaius et aussi par celle des monographies déjà parues. En 1869, un professeur éminent a aussi publié en Allemagne une dissertation de même nature. Toutefois ce savant n'utilise pas ou pour mieux dire ne cite pas les travaux publiés en France sur le jurisconsulte Gaius. Bien que sur plus d'une question les solutions soient différentes de celles que j'ai adoptées, je n'en constate pas moins, avec une véritable satisfaction, que les plans des deux écrits, la méthode, l'étendue des développements sont assez souvent à peu près identiques. Tout ce que j'entends conclure de cette observation, c'est que la dissertation sur Gaius, dont on publie la seconde édition, avait sa raison d'être. En admettant que le savant professeur allemand ait complètement ignoré l'existence de cette étude, il n'en reste pas moins acquis qu'elle était nécessaire, puisque, de son côté, il a songé à en écrire une semblable. Cette circonstance fortuite ne m'oblige pas moins, à l'occasion de cette seconde édition, à relever l'antériorité des dates au profit du travail que j'ai publié pour la première fois en 1867. Je ne me crois pas non plus obligé à suivre l'exemple de mon savant collègue, et j'aurai soin à l'occasion, pour rester aussi complet que possible, de lui faire des emprunts, d'exposer ses doctrines, sauf à les combattre, s'il y a lieu.

§ 2.

Sur le nom de Gaius.

2. Quel était le nom de Gaius. — 3. Orthographe de ce nom,

2. — La vie de Gaius, son caractère, quelques-uns de ses ouvrages, sont entourés d'une grande obscurité et, sur un certain nombre de points, on en est réduit à des conjectures. Aussi les auteurs qui se sont occupés de la vie de Gaius et de ses travaux, sont-ils loin de s'entendre.

Ainsi, le nom même de Gaius a soulevé des controverses. Avant de les aborder et pour les comprendre, il est nécessaire de rappeler comment à Rome on désignait les personnes, plus spécialement les citoyens romains.

En général, tout citoyen portait un nom de famille, précédé du prénom et suivi du surnom. *Propria liberi*, disait Quintilien, [1] *quod nemo habet nisi liber, prænomen, nomen, cognomen.* Le prénom désignait l'individu qui le portait, le nom indiquait

[1] *Institutiones oratoriæ*, VII, 3, 27.

de quelle race (*gens*) il était issu, le surnom, à quelle famille il appartenait. Quelquefois le prénom, le nom et le surnom, étaient suivis d'un quatrième élément, l'*agnomen* « : *Species propriorum nominum quatuor sunt: prænomen, nomen, cognomen, agnomen. Prænomen dicitur eo, quod nomini præponatur, ut Lucius, Quintus. Nomen vocatum, quia notat genus, ut Cornelius. Cornelii enim omnes in eo genere vocantur. Cognomen, quia nomini conjungitur, ut Scipio agnomen vero quasi accidens nomen, ut Metellus Creticus, quia Cretam subegit. Extrinsecus enim venit agnomen ab aliqua ratione. Cognomentum autem vulgo dictum est eo, quod nomini cognitionis causa superadjiciatur, sive quod cum cognomine est.*[1]

Le prénom placé le premier s'écrivait en abrégé avec une, deux ou trois lettres. A = Aulus ; *C* = *Caius* ; D = Decimus ; K = Kaeso ; L = Lucius ; M = Marcius ; M = Manius ; N = Numerius ; P = Publius ; Q = Quintus ; T = Titus ; Ap. = Appius Cn. = Cneius ; Sp. = Spurius ; Mam. = Mamercus ; Ser. = Servius ; Sex. = Sextius, etc. L'*agnomen* était une sorte de surnom par lequel on désignait certaines personnes qui s'étaient fait remarquer par une particularité. Ainsi Q. Fabius Maximus avait été surnommé *cunctator* parce qu'il s'était illustré par sa tactique de temporisation. Varron estimait qu'il y avait environ mille noms de famille

[1] Isid. Hispal., *Orig.*, I, VI, 3-4, p. 21, t. III des *Gramm.* de Lindemann, ed. Otto.

et une trentaine de prénoms dont nous avons donné les plus fréquents et parmi lesquels il faut citer *Caius* ou *Gaius*.[1]

Arrivons maintenant à notre jurisconsulte et abordons les difficultés qu'a soulevées son nom

Ces difficultés proviennent de ce que Gaius n'est jamais cité, du moins sous ce nom, par ses contemporains, car, nous le verrons plus loin, dans la loi 59, *Soluto matrimonio* (D. 24, 3), dans la loi 78, *De solutionibus* (46, 3), et dans la loi 39, *De stipulatione servorum* (45, 3), il ne s'agit pas du Gaius dont nous nous occupons, mais de Gaius Cassius Longinus, contemporain de Vespasien, qui a donné son nom aux Cassiens et dont les ouvrages n'ont pas été employés pour la compilation des Pandectes.[2] Et cependant, si les jurisconsultes classiques ne désignent jamais Gaius sous ce nom, il paraît certain qu'Ulpien l'a connu et a même profité de ses travaux : ainsi, dans les fragments d'Ulpien, on trouve des textes qui ont une analogie frappante avec ceux des Institutes de Gaius et qui semblent leur avoir été empruntés. Certains auteurs en ont conclu que Gaius est un prénom et

[1] Sur les surnoms des Romains, on pourra consulter avec fruit le travail de Ellendt, *De cognomine et agnomine romano*. Königsberg, 1853. Voyez encore sur les noms des Romains Guardia et Wierzeyski, *Grammaire de la langue latine*, Appendice E.

[2] C'est de ce jurisconsulte qu'il est parlé dans Gaius, *Com.* II, § 79. 195, 244 ; III, § 71, 133, 140, 161 ; IV, 79, 114. — Pline, *Epis.* VII, 24. — Tacite, *Annales* : XIII, 41, 48 ; XIV, 23 ; XVI, 7, 9.

que notre jurisconsulte avait en outre un *nomen* sous lequel ses contemporains le citaient ; plus tard on aurait perdu l'habitude d'employer ce *nomen* et on ne l'aurait plus désigné que par son prénom. [1]

D'autres expliquent différemment la disparition du *nomen* de notre jurisconsulte : ils l'attribuent à ses élèves. Les étudiants qui suivaient les leçons de Gaius auraient nommé habituellement leur maître par son prénom comme un ami nomme son ami. [2]

Mais ce procédé n'aurait pu être employé par les étudiants qu'autant que de son vivant Gaius aurait déjà joui de la réputation d'un grand jurisconsulte. Or, le contraire paraît établi : Gaius est resté à peu près ignoré de son temps et sa réputation n'a commencé à naître qu'après sa mort.

Mais, pour le moment, supposons, avec les partisans de cette première opinion, que Gaius soit un simple prénom ; quel était alors le nom de famille de ce jurisconsulte ?

Nouvelles divergences sur ce point. Les uns avouent qu'on ne le connaît pas. D'autres prétendent que Gaius s'appelait Bassus ; mais comme on

[1] Puchta, *Instituten* § 99. — Rudorff, *Römische Rechtsgeschichte*, éd. de 1857, I, § 68. — Hugo, *Lehrbuch des römischen Rechts*, éd. de 1826, p. 804. — Voy. aussi Incerti auctoris, *De prænominibus, nominibus, cognominibus*, en appendice aux œuvres de Valère-Maxime, Leipsig, p. 486.

[2] Dernburg, *Die Institutionen des Gaius*, p. 97. — Padeletti, *Del nome di Gaio giureconsulto*, dans l'*Archivio giuridico*, année 1874, XIII, p. 324.

ne trouve dans tous les écrits des anciens qu'un Gabius Bassius cité par Aulu-Gelle [1] et par Macrobe,[2] il faut bien reconnaître que cette conjecture est tout à fait arbitraire.[3]

Cujas pense que Gaius ne portait pas d'autres noms, et que même son nom était celui d'un esclave.[4]

Un certain nombre d'auteurs admettent que Gaius était un *nomen*. Sans doute, à l'époque de la République, Gaius est un simple prénom, mais il paraît que ce prénom est ensuite devenu un *nomen* sous l'Empire.

D'ailleurs le jurisconsulte Gaius, comme nous le verrons plus loin, a exercé son activité scientifique en Orient, et dans cette partie de l'empire, il était d'usage de ne désigner les personnes, même les Romains, que par un seul nom.[5] Si Gaius n'était pas un citoyen romain, mais *peregrinus*, (ce que j'essayerai d'établir), l'emploi d'un seul nom pour le désigner est encore plus naturel; c'est ainsi que les Grecs étaient toujours dénommés.[6] Mais Gaius *peregrinus* n'a jamais acquis la

[1] *Nuits attiques*, II, 4.

[2] *Saturnales*, I, 9.

[3] Cpr. Puchta, *loc. cit.*

[4] *Com. ad. Cod., Tit. De operis libert.* éd. Paris, IX, p. 662.

[5] Mommsen, *Die römischen Eigennahmen* dans le *Jarhrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, p. 184.

[6] Bremer, *Op. cit.*, p. 80. — Pauly, *Realä Encyclopedie*, v° *nomen*. — Voy. aussi Antonius Augustinus, *Opera omnia*, I, p. 231, *De nominibus jurisconsultorum*. Lucques, 1765.

cité romaine, car autrement il aurait pris le prénom et le nom de celui qui la lui aurait concédée, ou tout au moins de la personne par l'entremise de laquelle il aurait obtenu cette faveur.[1] A plus forte raison, Gaius n'était-il pas un affranchi, car les esclaves parvenus à la liberté portaient, comme les *peregrini* arrivés à la cité romaine, deux noms: ils ajoutaient le nom de leur patron qui les avait affranchis.[2]

Dans une troisième opinion, on enseigne que Gaius n'est pas un *prænomen* ni un *nomen*, mais un *cognomen*. Cette opinion a été surtout développée de nos jours par le professeur Cattaneo, dans un intéressant travail où ont été reproduites toutes les conjectures les plus récentes soulevées par le nom que porte notre jurisconsulte.[3] On fait remarquer, à l'appui de cette conjecture, que sous l'empire, il était d'usage de désigner les personnes bien plutôt par le *cognomen* que par le *nomen;* c'est ainsi qu'au troisième siècle on cite les consuls.[4] Certains jurisconsultes romains sont connus par leur *prænomen* et leur *cognomen* :

[1] Cpr. Cicéron, *Verres*, IV, 17, 37. — Cicéron, *Ad famil.*, XIII, 36. — Dion Cassius, LX, 17.

[2] Connan enseigne à tort le contraire : Græcus fuit aut græce doctissimus : neque ei prænomen aut cognomen adscribitur quod præbet argumentum fuisse eum natione extraneum atque etiam servum postea manumissum (*Commentarii juris civilis*, p. 87. Paris, 1553.)

[3] *Del nome di Gaio il giureconsulto romano del II secolo dell' èra volgare*, article publié dans les *Rendiconti del Instituto Lombardo*, série II, vol. XIV, fascicule 10-11.

[4] Mommsen, *Corpus inscriptionum latinarum*, III, p. 913.

Salvius Julianus, Emilius Papinianus, Julius Paulus, Erennius Modestinus.

La plupart ne sont désignés, comme Gaius, que par une seule indication et celle-ci est faite au moyen de leur *cognomen* : Atilicinus, Fufidius, Pegasius, Minucius, Tuscianus, Callistratus, Florentinus, Tertulianus, etc. Enfin il est certain que dans une inscription de l'ère vulgaire de l'an 235, le nom de Gaius apparaît comme un *cognomen* et non pas comme un *nomen*. [1]

Cette troisième conjecture ne manquerait pas d'une certaine vraisemblance si l'on établissait au préalable que Gaius était un jurisconsulte citoyen romain qui serait né et aurait enseigné à Rome. Mais cette preuve n'est certes pas faite, même depuis les travaux de Huschke et de Dernburg. [2]

Nous persistons à croire avec Mommsen que Gaius était un jurisconsulte provincial et qu'il était bien connu sous son véritable nom : Gaius n'est pas un *cognomen*, encore moins un *prænomen*.

Aussi le nom de Gaius a-t-il toujours été écrit en entier et non en abrégé par la seule initiale, comme l'étaient habituellement les prénoms. J'ajouterai que si Gaius avait porté un autre nom, il serait bien étonnant qu'il fût tombé dans l'oubli et

[1] Mommsen, *Corpus inscriptionum latinarum*, III, Ire partie, no 870.

[2] Voir la préface de Huschke qui précède les *Institutes* de Gaius dans sa *Giurisprudentia antejustinianea*. — Dernburg, *Die Institutionen des Gaius*, p. 80.

que si ce nom avait encore été connu du temps de Justinien, cet empereur n'aurait pas manqué de le relever. [1]

Mais, après avoir établi que Gaius est le nom de famille de notre jurisconsulte, nous n'irons pas plus loin et nous n'aurons pas l'audace de suivre ceux qui prétendent retrouver le prénom de Gaius. Ainsi, au siècle dernier, Bach soutenait que notre jurisconsulte avait reçu le prénom de Titus. [2] Meermann [3] avait d'abord combattu cette opinion et il avait essayé de prouver que ce prénom avait été donné à tort par des éditeurs de l'abrégé des Institutes que l'on possédait seul à cette époque. Mais, plus tard, il rétracta cette opinion dans une note, en présence d'un fait qui lui fut révélé le 18 septembre 1745, dans un voyage à Wurtzbourg. On lui montra, à la bibliothèque de cette ville, l'un des plus anciens manuscrits contenant le Code Théodosien et d'autres écrits de jurisconsultes romains : or, dans ce manuscrit, Gaius est désigné sous les noms de Titus Caius. Comme ce manuscrit est du sixième siècle, il faut bien en conclure, ou que Gaius s'appelait effectivement Titus, ou que l'erreur sur son prénom remonte aux temps les plus éloignés ; c'est en faveur de cette dernière conjecture que Meermann se prononce. De nos jours la question a été reprise par Hænel, et de

[1] Schweppe, *Römische Rechtsgeschichte*, éd. 1832, § 90.

[2] *Historia juris Romani*, Lib. III, cap. 2, sect. 5, § 14.

[3] *Specim. Animadv. critic. in Caii Inst.* dans son *Thesaurus*, tome VII, p. 675.

ses recherches, il est résulté que le mot Titus avait été pris pour le mot *tituli* qui est en abrégé dans le manuscrit. Le Codex porte en effet : « *Explicit liber Novellarum. Incipiunt tituli legum Caii*, » et ensuite on lit :

« Tit. I. *Caii Institutionum liber Primus*, » ce qui signifie, d'après Hænel, *tituli Gaii*, et non pas *Titi Caii.*[1] Cette conjecture avait été émise déjà par Meermann, qui l'avait ensuite rétractée à la vue du manuscrit, pour adopter celle que nous avons fait connaître ; aussi cette question n'est-elle peut-être pas encore définitivement jugée.[2]

3. — On n'a pas été moins embarrassé autrefois sur l'orthographe du mot Gaius. L'accord semble établi aujourd'hui sur ce point, mais de nouvelles difficultés surgissent lorsqu'il s'agit de déterminer

[1] Cpr. Hænel, *Lex romana Visigothorum.* Lips., 1849. p. XLV et 314. — Huschke, *Jurisp. antej.*, 2e édit, 1867. p. 82.

[2] Le nom de Titus Gaius n'était pas rare chez les Romains. M. Borghesi a lu à l'Académie de Simpermenica de Sarignano (le 7 août 1801) un mémoire sur une inscription sépulcrale d'un soldat qui s'appelait Titus Gaius. (*Dissertazione sopra il titolo sepolcrale di Tito Gajo eminente soldato della flotta di Ravenna nel dietro della cui lapide fu inciso il falso plebiscito del Pisciatello col quale si presunse di assicurare a quel fiumicello il nome di Rubicone é stabilire l'antico confine d'Italia.*) Ce mémoire, resté à l'état de manuscrit, est probablement perdu. Il n'existe pas dans les archives de l'Académie de Simpermenica de Sarignano à laquelle il a été lu. — Cpr : *publication des œuvres complètes de Bartholomeo Borghesi* ; 3e rapport du secrétaire de la commission fait à son Excellence le Maréchal, ministre de la maison de l'Empereur t des Beaux-Arts, p. 97.

l'étymologie et l'origine de ce mot. Le manuscrit de Vérone ne contient pas le nom de notre jurisconsulte ni le titre de l'ouvrage qu'il renferme ; ce sont là des lacunes regrettables. Les Pandectes florentines et la plupart des manuscrits du bréviaire d'Alaric écrivent Gaius avec un G. Toutefois, à l'origine, on employait la lettre C à la place du G et la prononciation était dure. Plus tard cette prononciation s'adoucit, mais on n'en continua pas moins à écrire en général notre mot avec un C [1] « *Quid? Quæ scribuntur aliter quam enuntiantur ? Nam et Gaius C littera notatur, ne Gneus eam litteram in prænominis nota accipit qua sonat.* »[2] Enfin on finit par écrire le mot de Gaius comme on le prononçait, c'est-à-dire avec un G. C'est avec cette orthographe que nous le relevons dans le monument d'Ancyre : *Filios meos quos sinistra fortuna mihi eripuit, eorum Gaium et Lucium Cæsares* (Tab. II, in fine). *Tandem gentem postea insurgentem et rebellantem domitam per Gaium filium meum...* (Tab. V). [3]

[1] Le *G* n'est graphiquement qu'une modification du *C*. A l'époque des décemvirs, le *C* était encore seul connu et son usage se conserva longtemps encore après l'invention du *G*.— Cpr. Guardia et Wierzeyski, *Grammaire de la langue latine*. § 7 et 37.

[2] Quintilien, *Inst. orat.* lib. 1, cap. 7. — Cpr. Terrasson, *Histoire de la jurisprudence romaine*. — Hugo, *Histoire du droit romain*, § 329. — Schweppe, *op. cit.*, § 90.

[3] Cpr. Mommsen, *Unteritalien. Dialekten*, p. 33. — Zell, *Handbuch der römischen Epigraphie*, nº 1740. — Corssen, *Ueber Aussprache, Vokalismus und Betonung der lateinischen Sprache*, vol. I, p. 8 et suiv. — M. Valerii Probi, *De juris*

Dans une ancienne forme d'orthographe, on écrivait le mot Gaius en redoublant l'*i* : *Nam solebant... non solum in principio sed etiam in fine sillabæ ponere* i *loco consonantis, idque in vetustissimis invenies scripturis, quotiens inter duas vocales ponitur, ut eiius, Ponpeiius, Vulteiius, Gaiius.*[1] Enfin, la forme la plus primitive de notre mot semble avoir été Gavius.[2] Suivant M. Mommsen, ce mot Gavius viendrait de l'osque *gaaviis*. On aurait ensuite fait tomber le *v* pour faciliter la prononciation.[3]

Le nom de Gaius ne s'est perdu que fort tard; il était encore employé au moyen âge.[4]

Mommsen reproduit l'élymologie des anciens qui fait venir le mot Gaius de *gaudere*, *gavisus* :[5]

civilis notarum significatione commentarius, dans la *jurisprudentia antejustinianea* de Huschke.— Schneider, *Ausführliche verbesserte Grammat. der lateinischen Sprache*, vol. 1., p. 234. — Mommsen dans l'*Hermes, Zeitschrift für classische Philologie*. vol. 2, 1867, p. 119.

[1] Priscianus, dans Keil, II, p. 307.

[2] Aulu-Gelle (V, 7.) parle d'un Gavius Bassus.

[3] Mommsen, *Unteritalien Dialekten*, p. 254.—Corssen, *Ueber Aussprache, Vokalismus und Betonung der lateinischen Sprache*, I, p. 316 et II, p. 766. — Quant à la forme, Kaius (avec un K), elle est manifestement erronée (Corssen *op. cit.*, I, p. 79.)

[4] Voyez le *Purgatoire* de Dante. chant XVI, vers 140. — Voy. aussi sur Gaiano, employé comme nom géographique, dans les actes de l'Académie des sciences de Turin, t. X, p. 89, un mémoire du professeur Flecchia, *sui nomi locali del napoletano, derivati da gentilizi italici*.

[5] *Die römischen Eigennamen*, p. 165, note 2 et p. 197. — Voyez aussi son article intitulé *Die unteritalien Dialekten*, p. 28.

Gaii indicantur dicti a gaudio parentum. Mais cette étymologie, comme la plupart de celles des anciens, nous paraît tout à fait approximative et de fantaisie. [1]

A notre avis, Gaius est un mot dont la racine remonte au sanscrit et se retrouve dans toutes les langues européennes : latines, germaniques ou autres et avec le même sens, celui de mari. C'est ainsi que dans la vieille formule du mariage par *confarreatio* on retrouve ce mot : *ibi tu Gaius, ego Gaia.* [1] Le sanscrit *ganitar* correspond au grec γη contracté pour γαῖα et au latin *genitor* ; la racine commune est *gé*, c'est-à-dire la terre considérée comme le reproducteur par excellence.

[1] Guarda et Wierzeyski, *Grammaire de la langue latine*, Appendice F.

[2] Bopp, *Glossarium*, *Pars prior*, p. 147 B, bos operarius — Cpr. Rossbach, *Die römische Ehe*, p. 352. — Corssen, *Ueber Aussprache, Vokalismus und Betonung der lateinischen Sprache*, vol. 1, p. 79 et p. 436 note. D'après ces deux derniers auteurs, le sens de la racine du mot Gaius serait fils, engendré.

§ 3.

Vie du jurisconsulte Gaius.

4. A quelle époque vivait Gaius ? — 5. Est-il né à Rome ou dans une province et particulièrement en Asie ? — 6. Gaius a reçu une éducation essentiellement grecque. — 7. Gaius vécut loin de Rome. — 8. Le droit des *peregrini* dans les Institutes. — 9. Lieu où vécut et enseigna Gaius. — 10. Jurisconsultes romains venus à Rome.

4. — Toutes les difficultés relatives au nom de Gaius proviennent de ce que ses contemporains ne parlent jamais de lui. C'est aussi pour le même motif qu'on a longtemps discuté sur l'époque à laquelle vivait notre jurisconsulte. Aujourd'hui, on est à peu près d'accord sur ce point.

Parmi les anciens romanistes, quelques-uns ont émis les opinions les plus bizarres. [1] Les uns ont prétendu que Gaius vivait sous le règne de Dioclétien ; telle est l'opinion de Marcilius [2] ; d'autres, au contraire, s'appuyant sur ce que Justinien appelle notre jurisconsulte Gaius *noster*, l'ont fait vivre sous cet empereur ; c'est ce que soutenaient, com-

[1] Schulting, dans la *Jurisprudentia vetus*, rapporte et discute ces diverses opinions.

[2] *Ad* § 6. *Præm. Inst.*

me nous l'apprend Heineccius, Antoine Vacca et Hottmann [1]. D'autres encore, ont fait observer que le mérite de Gaius n'est pas inférieur à celui d'Ulpien, de Papinien, de Paul, de Modestin ; ils en ont conclu qu'il était leur contemporain, et qu'il vivait sous le règne d'Antonin Caracalla. Cette dernière conjecture, avancée autrefois par Jacques Rævardo [2] a même été reproduite par Hugo [3] ; mais elle a été victorieusement réfutée par Dittmar [4], et Hugo lui-même paraît avoir reconnu plus tard, dans les dernières éditions de son histoire (§ 329), que Gaius vivait sous Antonin le Pieux et Marc-Aurèle.

Il est, en effet, certain aujourd'hui que Gaius était déjà mort à l'époque d'Antonin Caracalla (année 211 à 217) ; et, à plus forte raison, sous Dioclétien (années 284 à 305). Gaius vivait sous Antonin le Pieux (années 138 à 161) et sous Marc-Aurèle (161 à 180) : cela résulte bien clairement d'un certain nombre de passages de ses écrits. Ainsi, les jurisconsultes appellent le plus souvent *Divus* tout empereur décédé et déclaré *Divus* par le Sénat : Gaius nous en donne lui-même la preuve dans ses Institutes.[5] Or, dans ce même ouvrage,

[1] Heineccius. *Hist. jur. rom.* § 312.

[2] *Conject.* III. 3.

[3] *Civ. Magaz.* II, 3, 358 à 378, et *Hist. du Droit rom.* § 329.

[4] *De nomine, ætate, studiis ac scriptis Gaji.* Sp. I. Lips. 1820,

[5] Cpr.: pour Claude, I, § 62 ; pour Vespasien, I, § 85 ; pour Trajan, III, § 72 ; pour Adrien, I, § 30, 55, 73, 77, 80, 81, 84,

il cite Antonin sans l'appeler *Divus* [1], sauf une seule fois [2] et probablement parce qu'à ce moment Antonin venait de mourir.

Gaius vivait donc sous Antonin le Pieux ; mais il écrivit aussi sous le règne suivant, celui de Marc-Aurèle.

Dans la L. 9, en effet, au Digeste, *ad senatusconsultum Tertullianum*, 38, 17, Gaius nous dit, en parlant du sénatus-consulte Orphitien : « *sacratissimi principis* nostri *oratione cavetur*, » et reliq. Ces mots font bien allusion à l'empereur qui règne actuellement ; or, c'est l'empereur Marc-Aurèle qui proposa le sénatus-consulte Orphitien au Sénat. [3] Ce sénatus-consulte fut rendu en l'an 178, deux ans avant la mort de Marc-Aurèle. Gaius publia encore, après cette époque, différents ouvrages, notamment son Commentaire sur l'édit Provincial [4] ; on en a conclu, avec raison, qu'il

92, 93, 94, 115[a] ; II, 143, 163, 221, 280, 285, 287 ; III, 73, 121, 122. C'est donc bien une règle arrêtée chez les jurisconsultes romains de réserver le nom de *Divus* aux empereurs qui ont régné ; s'ils omettent quelquefois de leur donner ce nom, c'est par hasard (cpr. Gaius I, § 53, 74, 102 ; II, § 120 et 126). Cependant Gaius ne cite Néron qu'une fois, et c'est peut-être avec intention qu'il lui refuse le nom de *Divus* (II, § 197).

[1] I, § 53, 74, 102 ; II, 120, 126.

[2] II, § 195.

[3] L. 3. *De hæreditatis petitione*, 5, 3.

[4] Voy. pr. I, *De senatusconsulto Orphitiano*, III. 4. — Nec obst. : *frag. Ulp.* XXVI, § 7, car dans ce texte le mot *Antoninus* désigne certainement Marc-Aurèle. On sait, en effet, que trois empereurs romains nous sont connus sous le nom d'Antoninus ; Antonin le Pieux, Marc Aurèle et Caracalla,

mourut peut-être dans la même année que Marc-Aurèle, plus probablement pendant les premiers temps du règne de Commode (années 176 à 192.)

De l'avènement d'Antonin à la mort de Marc-Aurèle, il s'écoula un intervalle de 42 années. Ce renseignement peut nous servir pour résoudre le point encore discuté de savoir si Gaius vivait déjà à l'époque d'Adrien, prédécesseur d'Antonin le Pieux et qui régna de 117 à 138 après Jésus-Christ. Il nous semble bien résulter de ce rapprochement de dates, que si Gaius vivait sous le règne d'Adrien, il se trouvait à cette époque dans sa jeunesse et n'avait pas atteint l'âge mûr. Sans doute, Gaius nous dit, dans la loi 7, *De Rebus dubiis* (34, 5), qu'Adrien a été son contemporain : *Nostra quidem ætate mulier ad divum Hadrianum perducta est*, et reliq. Mais, comme l'a fait observer Pothier[1], Gaius a pu appeler cet empereur son contemporain, tout en écrivant sous les règnes d'Antonin et de Marc-Aurèle ; il suffit d'admettre qu'il était déjà né pendant les dernières années du règne de cet empereur.

Tout ce que nous venons de dire paraît encore confirmé par les citations de jurisconsultes, que fait Gaius : les jurisconsultes les plus nouveaux dont il nous parle, sont Priscus Javolenus (com. III. § 70) et Salvius Julianus (com. II, § 218 et 280), qui vivaient sous Trajan et Adrien ; s'il ne nous dit rien ni de Papinien, ni de Paul, ni d'Ul-

[1] *Præf. in Pandectas, secunda pars, caput primum.*

pien, c'est que ces grands hommes n'existaient pas encore.[1]

5. — Dans toutes ces questions sur la vie de Gaius, on ne quitte une conjecture que pour en aborder une autre. C'est ainsi que l'on se demande si Gaius était né en Asie ou à Rome, s'il passa sa vie dans une province ou dans la capitale de l'empire romain.

Le jurisconsulte Ulpien a pris le soin de nous dire qu'il était originaire de Tyr en Phénicie[2]; mais Gaius ne nous donne pas de renseignements de cette nature. On admet assez généralement aujourd'hui que Gaius naquit en Asie mineure; mais les uns, comme MM. Mommsen[3] et Demangeat[4] pensent qu'il y passa la plus grande partie de sa vie à écrire ses œuvres ; d'autres, au contraire, veulent qu'à partir de l'âge mûr, Gaius ait demeuré

[1] Cpr. en sens divers sur l'âge où vécut Gaius : Conradi, *Obs. de vera ætate Caji jurisc. In act. erud.* 1727. Mois de février, p. 59 à 67. — Heineccius, *Hist. jurisp. rom.*, § 312. — Bach, *Hist. juris rom. Liber* 3, cap. 2, sect. 5, § 14. — Terrasson, *Jurisp. romaine*, 2e partie, § 6, p. 271. Paris, 1750. — Pothier, *Præfatio in Pand.*, 2 pars, cap. I. — Note sur l'époque où vécut Gaius par Lauth. dans la *Thémis*, I, p. 294. — Dittmar, *De nomine, ætate, studiis ac scriptis Gaji*, Sp. 1, Lips., 1820. — Schweppe, *Römische Rechtsgeschichte* § 90, — Puchta, *Cursus Institutionen*, § 99. — Ortolan. *Hist. du Droit romain*, I, nº 371. — Maynz, *Eléments de Droit romain*, § 69. — Caillemer, *Notes pour la biographie du jurisconsulte Gaius*, p. 2 et 14.

[2] L. 1. pr. *De censibus*, 50, 15.

[3] *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, t. III. 1 p. 14.

[4] I, p. 99.

et soit resté à Rome.[1] M. Huschke reconnaît que la question est insoluble : il ne sait si Gaius a vu le jour en Italie, en Grèce ou en Asie.[2]

Il paraît assez probable que Gaius est d'origine grecque, et peut-être de l'Asie mineure ; mais ce qui est certain, c'est qu'il reçut une éducation complètement grecque, que ses écrits sont empreints du génie de cette nation, qu'il connaît à fond les lois de la Grèce et même celles de quelques peuples de l'Asie mineure.

On ne saurait, avec M. Huschke,[3] faire valoir à l'appui de cette opinion, les citations grecques que l'on rencontre dans ses écrits (L. 25, *Locati*, 19, 2. — L. 30, § 2, *De verb. signif.* 50, 16. — L. 58, *Eod. tit.* — L. 233, § 2, *Eod. tit.* — L. 236, pr. et § 1, *Eod. tit.* — Com. I, § 64 ; II, 281 ; III, 93.). Ces citations ne sont pas, en effet, plus nombreuses que dans les travaux des autres jurisconsultes, et elles sont même beaucoup moins fréquentes que dans les œuvres d'Ulpien. Aussi, tout ce que l'on peut conclure de là, c'est que Gaius connaissait le grec ; mais, sous ce rapport, il ne se distinguait pas des autres jurisconsultes romains qui tous étudiaient la littérature et la philosophie des Grecs, qui parlaient la langue grecque et dont quelques-uns même, comme Papinien et Modestin, eurent le mérite d'écrire certains ouvrages dans

[1] Caillemer. *Op. cit.* p. 3.

[2] *Jurisp. antej.* éd. de 1867, p. 85.

[3] *Jurisp. antej.* éd. de 1867, p. 87.

cet idiome. [1] On ne doit donc pas s'étonner de l'habitude prise par plusieurs jurisconsultes romains de nous expliquer, comme le fait aussi Gaius, les termes techniques latins à l'aide des mots grecs correspondants. Mais, ce qui établit l'origine et l'éducation grecques de Gaius, ce sont sa connaissance de certaines lois de la Grèce ou de l'Asie mineure et la tournure même de son esprit. Ainsi, deux fois, Gaius nous parle des lois de Solon : à propos de l'action *finium regundorum,* il donne un fragment de ces lois Athéniennes (L. 13, *finium regundorum*, 10, 1) ; de même, dans la loi 4, au Digeste (*De Collegiis*, 47, 22), il nous dit que les *sodales* sont d'origine grecque, et à ce propos, il cite encore un passage de ces mêmes lois. De même encore, il a soin de parler de la concession du *jus Italicum* à Troas, Béryte et Dyrrachium, sans s'occuper des autres villes (L. 7, *De Censibus*, 50, 15), tandis que Paul dans le texte suivant (L. 8. *Eod. tit.*), nous énumère toutes les principales villes de l'empire qui, à son époque, jouissent de ce bénéfice, comme le ferait tout écrivain habitant Rome.

Dans ses Institutes, Gaius nous parle des lois des Galates, à l'occasion de la puissance paternelle qui était organisée chez ce peuple aussi sévèrement qu'à Rome (I, § 55) ; il rapporte encore une loi curieuse de Bithynie, suivant laquelle une

[1] Voy. Giraud, *Hist. du Droit rom.*, p. 280. — Cpr. aussi une citation d'Homère dans Gaius, com. III, § 141.

femme ne peut pas contracter sans l'autorisation de son mari ou celle de son fils pubère (I, 193). Il est curieux de relever que les Galates établis en Asie mineure avaient ainsi conservé une institution de leur pays d'origine. Ils ne tenaient pas cette puissance paternelle si sévère des Grecs, au milieu desquels ils étaient établis, car l'autorité domestique n'avait pas ce caractère en Grèce. L'origine gauloise des Galates permet d'affirmer qu'ils avaient conservé dans la famille les coutumes de la mère patrie. César nous parle de la dureté de la puissance paternelle chez les Gaulois. Le père avait le droit de vie et de mort sur sa femme et sur ses enfants : *Viri in uxores sicut in liberos vitæ necisque habent potestatem.*[1] Mais pourquoi Gaius a-t-il cité les Galates plutôt que les Gaulois? C'est évidemment parce qu'il avait vécu et écrit en Asie mineure, non loin de la Galatie, bien connue de lui, tandis qu'il ignorait les anciens usages de la Gaule. N'aurait-il pas connu ces usages de la Gaule et ignoré ceux des Galates s'il avait vécu et écrit à Rome?

6. — Evidemment Gaius n'aurait pas eu toutes ces connaissances s'il n'avait pas été élevé en Grèce ou en Asie mineure. D'un autre côté, les écrits de Gaius, et en particulier ses Institutes, sont empreints du génie et de la méthode des Grecs. Les Institutes sont peut-être l'œuvre la

[1] César, *De bello gallico*, VI, 19.

plus méthodique qui soit sortie de la plume d'un jurisconsulte ancien; elles sont surtout remarquables par la clarté, l'élégance et la distribution des matières, trois qualités plutôt grecques que latines. Aussi, ce livre a été certainement le vulgarisateur du droit romain chez les Grecs; c'est le manuel de droit le plus parfait des temps anciens. On peut même dire que les autres écrits de Gaius sont loin d'avoir, au moins en général, la même valeur; on n'y rencontre pas toujours cette fermeté et cette logique de jugement qui caractérisent, au plus haut degré, les jurisconsultes d'origine latine.

Enfin, le nom de Gaius lui-même (Γάϊος) est essentiellement grec, si l'on remarque qu'il est employé seul et sans aucune autre appellation : au contraire, les jurisconsultes romains portent souvent deux noms (Æmilius Papinianus; Domitius Ulpianus; Julius Paulus; Herennius Modestinus).

7 — Après avoir vu le jour en Asie mineure et avoir reçu une éducation essentiellement grecque, Gaius s'est rendu à Rome et y a passé quelques années de sa vie. Suivant certains auteurs, notre jurisconsulte aurait habité Rome.[1] On invoque surtout un exemple de condition casuelle que Gaius reproduit souvent dans ses écrits : *Si navis ex Asia venerit* (L. 33, *De hæredibus instituendis*,

[1] Huschke, *De Gaio ejusque scriptis*, dans la *Jurisp. antej.* 1867, p. 85. — Caillemer, *Op. cit.*, p. 3 et 4.

28, 5. — L. 72, *De fidejussoribus*, 46, 1) ; on dit qu'il n'aurait pas pu s'exprimer ainsi, s'il avait écrit en Asie. Cet argument ne me paraît pas sérieux : il s'agit là d'un exemple qui était pour ainsi dire classique, et se rencontrait, comme certains autres du même genre (L. 141, § 4 et § 7, *De verb. oblig.* 45, 1. — Cpr. L. 13, *Judicatum solvi*, 46, 7), sous la plume de tous les jurisconsultes romains ; et d'ailleurs, on peut même admettre que Gaius ait écrit ces lignes dans une ville de la Grèce, soit même dans une certaine partie de l'Asie mineure. Ainsi, les habitants de la Bithynie, de la Lydie, de la Carie, de la Lycie, appelaient plus particulièrement Asie les provinces voisines de l'Arabie, comme la Syrie.

La seconde considération que l'on fait valoir est beaucoup plus grave. On fait remarquer que Gaius parle des usages de Rome (L. 233, § 1, *De verborum significatione*, 50, 16,) des objets qui s'y consomment, des choses qui s'y achètent (L. 74, *De verborum obligationibus*, 45, 1.— L. 17, pr. *Deconditionibus et demonstrationibus*, 35, 1), comme de choses qui lui sont familières. [1] On aurait pu ajouter que dans ses Institutes, il nous donne sur la religion romaine, des détails très précis ; il parle

[1] On dit aussi qu'il parle des magistrats romains comme s'il s'adressait à eux et non au proconsul de la province : « *Prætor mihi accommodat interdictum* » (L. 11, *ut legatorum seu fideicommissiorum servandorum causa caveatur*, 36, 3) ; mais il est évident que c'est là une pure forme de langage.

des flamines majeures, des rois des sacrifices (I, § 112).

Mais de ces différents textes on ne saurait conclure que Gaius passa toute sa vie à Rome et y écrivit ses ouvrages ; tout ce qu'on peut en induire, c'est que Gaius connaissait très bien les mœurs romaines ; il avait probablement vécu pendant plusieurs années à Rome pour y compléter son éducation. On a aussi fait remarquer que Gaius, au commencement de ses Institutes, cite toujours le président de la province en même temps que le préteur, tandis que, dans la suite, il ne s'occupe plus que du préteur. Or, dit-on, si Gaius avait vécu en province, il aurait adopté la méthode inverse : il aurait mentionné le préteur au début de ses explications, pour n'en plus parler ensuite ; il se serait occupé, dans tout son ouvrage, du président de la province. [1] Cet argument ne nous semble pas décisif. Il ne faut pas oublier que si Gaius était fixé en province, il expliquait aussi le droit romain. Son enseignement l'obligeait ainsi à parler sans cesse du préteur qui avait créé une partie de ce droit ; seulement il mentionnait aussi à l'occasion le président, précisément parce qu'il s'adressait à des provinciaux et qu'il leur était utile de savoir sous quels rapports les pouvoirs de ces magistrats étaient semblables ou différents.

Nous pensons donc que notre jurisconsulte habitait une province et qu'il s'établit définitivement

[1] Dernburg, *Die Institutionen des Gaius*, p. 85 et 88.

loin de Rome. On ne saurait s'expliquer autrement le silence de ses contemporains qui ne parlent jamais de lui : il est bien certain qu'ils ne le connaissaient pas. Gaius écrivait et enseignait loin d'eux, probablement dans une ville d'Orient. On a voulu prétendre que si les contemporains de Gaius gardaient le silence sur son nom, cela tient à ce qu'à cette époque les jurisconsultes n'avaient pas l'usage d'indiquer les noms de ceux auxquels ils faisaient des emprunts.[1] Mais, en admettant que les Romains n'aient pas eu l'habitude de dire à qui ils avaient emprunté un passage, il n'en est pas moins certain qu'on relevait déjà du temps de Gaius les noms des jurisconsultes célèbres et, pour en donner la preuve, il suffit de renvoyer aux Institutes de Gaius elles-mêmes où sont cités, comme on le verra plus loin, les noms des jurisconsultes les plus connus des deux écoles sabinienne et proculienne.

Ce qui prouve bien encore que Gaius était en province et enseignait le droit aux provinciaux, c'est qu'il s'occupa spécialement du droit qui les concerne : il écrivit sur l'édit provincial un ouvrage en trois livres et, dans ses Institutes, il a souvent le soin de relever les différences qui séparent le droit des Romains de celui des provinciaux. Nous aurons occasion de revenir sur ces deux points. De même, Gaius paraît avoir ignoré l'existence d'un certain nombre de décisions de Marc-Aurèle, surtout de la fin du règne de cet empereur, et cependant il est certain qu'il vivait encore à cette époque,

[1] Cattaneo, *op.* et *loc. cit.*

puisqu'il a commenté, comme nous l'avons vu, le sénatus-consulte Orphitien, rendu en l'an 178, deux ans avant la mort de Marc Aurèle. Sans doute, ce sénatus-consulte est arrivé jusqu'à lui parce qu'en raison de son importance il s'est répandu bien vite dans tout l'empire ; et d'ailleurs les sénatus-consultes étaient fait publiquement et parvenaient avec une grande rapidité à la connaissance de tous. Au contraire, les constitutions impériales arrivaient plus difficilement au fond des provinces: il fallait être à Rome pour les connaître de suite. Aussi voyons-nous que Gaius ignore l'existence d'un certain nombre de constitutions de Marc Aurèle : ainsi, il ne connaît pas celle qui a généralisé l'institution de la curatelle. Avant cette constitution on ne pouvait procéder à la nomination d'un curateur, pour un mineur de 25 ans, que dans trois circonstances : en vertu de la loi Plætoria, pour cause de prodigalité, pour cause de démence.[1] Marc Aurèle généralisa cette règle : « *De curatoribus, cum antea non nisi ex lege Plætoria, vel propter lasciviam, vel propter dementiam darentur, ita statuit ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis.*[2] » Gaius ignorait l'existence de cette constitution.[3] De même, d'après une autre constitution de cet empereur, le droit de nommer des tuteurs et des curateurs, accordé par l'empereur Claude aux consuls, leur fut enlevé et conféré

[1] Cpr. Demangeat. I, p. 400.

[2] Julius Capitolinus, *Marc Aurèle*, chap. 16.

[3] Cpr. *Com.* I, § 198,

à un préteur spécial, le *prætor pupillaris*;[1] et cependant Gaius nous parle des curateurs nommés par le Consul (I, § 200); il ne connaissait donc pas non plus cette disposition. De même encore, Marc Aurèle établit, en matière de crétion et de *pro hærede gestio*, un nouveau principe révélé par Ulpien, mais qu'ignorait complètement Gaius. Comment expliquer cette lacune? Ne peut-on pas dire avec quelque apparence de raison, que Gaius n'étant pas à Rome, il ne se trouvait pas à la source des renseignements et n'avait pas tout de suite connaissance des innovations impériales?

Il résulte nettement, selon moi, du § 7 du commentaire des Institutes, que Gaius écrivait dans une province. On y lit, en effet, « *Sed in provinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est, vel Cæsaris;* nos *autem, possessionem tantum et usumfructum habere videmur.* » « Nous, habitants des provinces, nous avons seulement l'usufruit et la possession de ces fonds dont la propriété est au peuple romain ou à César! »

Sans doute certains fonds provinciaux pouvaient appartenir à de riches citoyens habitant Rome ou l'Italie. Mais cependant il faut reconnaître que la plupart des immeubles des provinces étaient restés entre les mains de leurs habitants. Dans tous les

[1] Julius Capitolinus. *Marc Aurèle.* Chap. 10. — § 3. J. *De Atiliano tutore.* I. 20.

[2] Cpr. Ulpien, *Reg. lib., tit.* XXII, § 34; Gaius, *Com.* II, § 178.

cas, un jurisconsulte qui aurait enseigné à Rome n'aurait pas pu dire *nos* pour désigner les Romains possesseurs de fonds provinciaux. [1]

8. — On peut dire que, dans ses Commentaires, Gaius s'attache sans cesse à rapprocher le droit des Romains de celui des provinciaux. Que l'on consulte le commentaire premier, et l'on se convaincra qu'il établit un parallèle constant entre la condition des Romains et celle des *peregrini*. Lorsqu'il passe à la théorie de la propriété, il emploie le même procédé; il s'occupe avec une sollicitude toute particulière du sort des fonds provinciaux. Pour les formes des testaments, il expose le pur droit romain et emploie les expressions d'un jurisconsulte s'adressant à des personnes qui peuvent tester dans la forme romaine. [2] Mais, arrivant ensuite à la théorie du fideicommis, Gaius reprend sa distinction entre Rome et les provinces : il fait remarquer que les difficultés relatives aux fideicommis sont portées à Rome devant le consul ou devant un préteur spécial établi à cet effet, tandis que dans les provinces elles sont soumises au président. [3] A la même occasion, il relève avec soin que des fideicommis peuvent être

[1] Je croyais avoir le premier relevé cet argument ; mais il a aussi été donné par Bluhme (*Palæographische und kritische Miscellen*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* de Rudorff, III, p. 452, note 11.

[2] *Commentaires*, II, § 181, 182, 184, 200, 250,

[3] *Commentaires*, II, § 278.

écrits en langue grecque, à la différence des legs, observation très importante pour les provinciaux et sans grand intérêt pour les Romains qui écrivaient toujours leurs testaments en latin. [1] A propos des stipulations, Gaius s'arrête aussi à l'emploi de la langue grecque. [2] Au surplus, il relève avec soin toutes les règles relatives aux stipulations qui peuvent intéresser les *peregrini*. On peut dire qu'après avoir exposé la condition des personnes et celle des biens suivant le droit provincial, il compose aussi une véritable théorie des obligations à l'usage des *peregrini:* les stipulations sont soumises au droit propre à chaque cité; l'héritier d'un *sponsor* ou d'un *fidepromissor* n'est pas tenu de l'obligation, à moins qu'ils ne s'agisse d'un *fidepromissor peregrinus* appartenant à un pays dont le droit diffère, sous ce rapport, de celui de Rome. Gaius relève avec soin que la loi *Furia* ne s'applique pas hors de l'Italie, à la différence de la loi Apuleia. Il examine aussi la question de savoir si les étrangers peuvent s'obliger *transcriptitiis nominibus* ; il remarque au surplus que les *peregrini* pouvaient s'obliger *litteris* par les *chirographa* et les *syngrapha*. [3]

Reste l'importante théorie des actions et de la procédure. Il est vrai que Gaius parle à ce propos du tribunal des centumvirs, ce qui offrait peu d'intérêt pour les provinciaux, mais il se borne à une

[1] *Commentaires*, II, § 281.
[2] *Commentaires*, III, § 93.
[3] *Commentaires*, III, § 96, 120, 121, 122, 132, 133, 134.

simple mention.[1] Il s'attache encore, dans cette dernière partie de ses commentaires, à relever ce qui peut intéresser les provinciaux : s'ils sont à Rome, ils pourront s'adresser au préteur *peregrinus* : lorsque la loi confère une action et qu'il est juste de l'étendre à un *peregrinus*, celui-ci peut intenter cette action au moyen d'une fiction dans laquelle on lui attribue la qualité de citoyen romain ; le proconsul jouit de pouvoirs analogues à celui du préteur pour faire cesser des controverses, notamment en matière de possession.[2] En un mot, comme nous l'avons dit au début, Gaius, dans toutes les parties du droit privé, a soin de ne jamais perdre de vue ce qui peut intéresser les provinciaux.

Nous devons rappeler que notre jurisconsulte a aussi composé, sur l'édit provincial, un traité complet et fort étendu : ce travail suppose une connaissance approfondie de la situation des provinces et présente de l'utilité, surtout pour ceux qui les habitent ; si Gaius avait vécu à Rome, il n'aurait peut-être pas écrit un ouvrage aussi considérable sur cette matière.

Ce n'est pas tout, il faut encore observer que Gaius ne se borne pas à relever les différences qui séparent le droit romain de celui des *peregrini* : il parle spécialement de certaines lois, comme nous l'avons déjà relevé, des Galates et de celles des

[1] *Commentaires*, IV, § 31 et 95.
[2] *Commentaires*, IV, § 31, 37, 139.

Bithyniens.[1] Cette insistance à relever les lois de certaines provinces de l'Est semble bien démontrer que l'Asie ne fut pas seulement la patrie de Gaius, mais qu'il y passa une grande partie de sa vie.

9. — Certains savants vont même encore plus loin : ils veulent découvrir la ville où Gaius s'était fixé. Nous ne les suivrons pas dans ces conjectures, qui peuvent être amusantes, mais auxquelles on ne saurait donner un autre caractère. Ainsi Mommsen soutient que notre jurisconsulte naquit à Troas ; il se fonde sur ce que, dans un passage de son commentaire sur la loi Julia et Papia Poppœa, Gaius cite quelques villes jouissant du *jus italicum* et qu'il relève Troas en tête de ces villes. Mommsen va encore plus loin : il affirme que Gaius enseigna et écrivit dans la même ville. On peut répondre que Troas n'est pas connue pour avoir possédé une école de droit. Aussi d'autres auteurs prétendent que Gaius enseigna à Béryte, en se fondant d'ailleurs sur un argument aussi sérieux que celui de Mommsen. Ils font remarquer en effet que cette ville est citée immédiatement après Troas dans le texte invoqué par Mommsen. En conséquence, Bremer n'hésite pas à décider que Gaius est né à Troas et qu'il a enseigné le droit à Béryte.[2] Ce fameux passage de Gaius forme la loi

[1] *Commentaires*, I, § 55, 193.

[2] *Rechtslehre und Rechtslehrer im römischen Kaiserrecht*. Berlin, 1868, p. 81.

7 au titre *de censibus* (D. 50, 15). Notre jurisconsulte, après avoir indiqué Troas et Béryte parmi les villes qui jouissent du *jus italicum*, mentionne en troisième ligne Dyrrachium. Aussi ne désespérons-nous pas d'apprendre par quelque savant ce que Gaius a pu y faire. [1]

10. — En terminant, il n'est pas inutile de relever que d'autres jurisconsultes romains, comme Gaius, ont enseigné le droit dans les provinces. [2] Toutefois ceux de ces jurisconsultes qui ont acquis de leur vivant une renommée, la doivent à ce qu'ils ont quitté la province au bout d'un temps plus ou moins long pour enseigner à Rome. Gaius n'a pas voulu ou n'a pas pu s'arranger ainsi et c'est ce qui explique comment sa réputation n'a commencé à se former qu'après sa mort. Rien de plus naturel, d'ailleurs, que la capitale de l'empire ait attiré à elle les jurisconsultes qui s'étaient déjà acquis une certaine réputation en province. Un courant général entraînait toutes les intelligences vers le centre du monde. D'après Cicéron déjà, le nombre des grammairiens venus de Grèce à Rome était si considérable, qu'on pouvait dire : « *Influxit non quidam e Græcia rivulus in Urbem, sed abundantissimus amnis illarum disciplinarum et artium.* » [3]

[1] « Peut-être y mourut-il, » dit plaisamment M. Georges Flach, *De l'enseignement du droit chez les Romains*, p. 96.

[2] Bremer, *op. cit.*, p. 83 et suiv.

[3] Cicéron, *République*, II, 19.

De même Strabon nous apprend que Rome était remplie de savants venus de Tarse et d'Alexandrie. Il n'est pas étonnant que les jurisconsultes aient été soumis à la même attraction. Ainsi Ulpien, originaire de Tyr, [1] vécut probablement très longtemps en province : il parle fréquemment dans ses écrits de l'Égypte, de l'Arabie, de l'Asie mineure et surtout de la Syrie. [2] Quelques-uns de ces ouvrages sont écrits pour les provinciaux ou tout au moins pour leurs administrateurs : *Libri de officio proconsulis, de officio curatoris rei publicæ, de officio quæstoris.* [3] Il n'est pas impossible, d'après M. Bremer, qu'il ait enseigné le droit à Béryte où il a peut-être connu les Institutes de Gaïus comme cela semble résulter de certains passages de son *liber singularis regularum.* Papinien était aussi originaire de Syrie ; il était, en effet, au dire de Spartien, allié de Sévère par la seconde femme de cet empereur, native d'Enèse. Ses ouvrages sont souvent écrits en vue des provinces et l'un d'eux, relatif aux fonctions des édiles municipaux, est même écrit en langue grecque. Modestin a aussi composé un livre en grec et dédié à un

[1] Il nous l'apprend lui-même dans plusieurs textes. L. 1, pr. *De censibus*, 50, 15. — L. 70, *De verborum obligationibus*, 45, 1. — L. 11, pr. *De legatis et fideicommissis*, 32. — L. 1, § 6, *De verborum obligationibus*, 45, 1.

[2] L. 9 et 10, *De extraordinariis criminibus*, 47, 11. — L. 55, § 5, *De legatis et fideicommissis*, 32. — L. 4, § 5, *De officio pro consulis*, 1, 6. — L. 7, § 6 et 14, *De interdictis*, 48, 22. — L. 3, pr. *De censibus*, 50, 15.

[3] Rudorff, *op. cit*, § 74.

grec. Il semble donc bien que ce livre a été fait pour les provinciaux et certains extraits de cet ouvrage, insérés au Digeste, permettent de supposer qu'il a été composé en province. [1]

On pourrait peut-être encore citer d'autres jurisconsultes qui ont passé leur vie en partie, ou même en totalité, dans une province, tels que Quintus Cervidius, Scævola, Tertullianus, Tryphoninus. [2] Mais nous en avons dit assez pour montrer que si Gaius a vécu en province, c'est là un fait qui ne lui est pas propre.

[1] L. 22, pr. § 3, 4 et 5, *De testibus*, 26, 5. — L. 6, § 7, 11 et 12, *De excusationibus*, 27, 1.

[2] Voyez Bremer, *op. cit.*, p. 90.

§ 4.

L'enseignement du droit chez les Romains.

11. Résumé des diverses périodes. — 12. L'enseignement du droit sous la République et jusqu'à l'Empire. — 13. Les écoles sous l'Empire. — 14. Branches du droit qu'on enseignait. — 15. Conditions dans lesquelles se donnait l'enseignement. — 16. Quel était le quartier des écoles de droit à Rome. — 17. Les Proculiens et les Sabiniens.

11. — Avant d'étudier Gaius comme jurisconsulte et comme professeur, il n'est pas inutile de rappeler comment était organisé l'enseignement du droit chez les Romains [1].

L'enseignement du droit a traversé, chez les Romains, plusieurs phases avant d'atteindre cet état de splendeur qui n'a jamais été dépassé dans la suite chez aucun peuple. Les patriciens se réservèrent d'abord la connaissance des principes du droit; puis ensuite, les plébéiens ayant partagé cet honneur avec eux, on vit des jurisconsultes, patriciens ou plébéiens, rendre des consultations sur

[1] Cpr. sur ce sujet : Bremer, *Rechtslehre und Rechtslehrer im römischen Kaiserreich*, Berlin, 1868; — Georges Flach, *De l'enseignement du droit chez les Romains*, Strasbourg, 1873.

les points de droit qui leur étaient soumis et à cette occasion, d'une manière tout à fait accessoire, ils donnaient quelques connaissances théoriques du droit aux jeunes gens qui s'attachaient à eux. Enfin, et surtout à partir de l'empire, on vit des hommes s'adonner spécialement à l'enseignement du droit : il y eut des *juris civilis professores*, *qui jus civile docebant*. [1]

Dès lors des écoles de droit furent fondées, des programmes d'études furent discutés, puis adoptés, des méthodes différentes donnèrent au droit le véritable caractère d'une science en ramenant les controverses à des principes rigoureux. Enfin, sous le nom de *Institutiones*, *Regulæ juris*, *Sententiæ*, *Commentarii*, les professeurs publièrent de véritables livres d'école destinés à initier les jeunes gens aux règles fondamentales de la science qu'ils abordaient. D'ailleurs ces écoles furent longtemps complètement libres et indépendantes ; là se pressait une jeunesse nombreuse, avide de connaître les institutions de son pays, la science du juste et de l'injuste, l'art de l'appliquer aux contestations entre particuliers. On sait que, jeune encore, l'enfant était élevé à Rome en vue de la préparation aux études juridiques. D'autres peuples ont porté aussi loin que les Romains l'art de la guerre ; aucun ne les a dépassés, ni même atteints, dans l'étude et la pratique des lois.

[1] L. 1, *De extraordinariis cognitionibus*, D. 50, 13. — L. 6, § 12. *De excusationibus*, D. 27, 1.

On prétend même que les jeunes Romains jouaient au jurisconsulte comme dans d'autres pays les enfants jouent au soldat. Il n'est pas étonnant qu'avec de pareils instincts, un tel peuple ait su administrer le monde. De bonne heure les empereurs comprirent que les jurisconsultes constituaient une des principales forces de l'État et ils surent l'utiliser au profit de tous comme dans leur propre intérêt. Les jurisconsultes entourèrent la personne de l'empereur, constituèrent son *concilium*, gouvernèrent les provinces ; mais les écoles de droit ne furent placées sous la direction de l'État qu'à partir des empereurs Valentinien Ier, Valens et Gratien ; Théodose II et Valentinien III complétèrent les mesures prises par leurs prédécesseurs, et enfin Justinien soumit l'enseignement du droit à une réforme complète dans sa célèbre constitution *omnem ad antecessores*.

Nous ne pousserons pas nos recherches jusqu'à cette dernière époque : il nous suffira de faire connaître sommairement les périodes qui ont précédé l'empire pour nous arrêter ensuite au temps de l'époque classique pendant lequel vivait notre jurisconsulte Gaius.

12. — A Rome comme en Grèce, les patriciens furent longtemps les seuls jurisconsultes de la nation : le droit était lié à la religion et seuls les patriciens connaissaient la procédure judiciaire intimement rattachée aux rites religieux. A l'occasion, ils aidaient les clients de leurs conseils,

et c'est de cette pratique que sont venus les noms de patron et de client qu'on emploie encore aujourd'hui pour désigner l'avocat et le plaideur. Mais ces patriciens se gardaient bien, comme nous l'apprend le jurisconsulte Pomponius, d'initier leurs clients au secret et aux mystères de leur science.[1]

La promulgation de la loi des Douze Tables fit connaître au peuple le droit qui le régissait ; mais il ne put en tirer grand profit. Le texte de la loi était trop bref ; on continuait à cacher à la plèbe la procédure et cette procédure était entourée d'un tel formalisme, que la moindre erreur, même si elle portait sur un seul mot, pouvait entraîner la perte du droit le mieux fondé.

Bientôt l'égalité politique fut proclamée entre les deux ordres. Le *jus flavianum* fut publié en l'an de Rome 450, et le *jus ælianum* en 552. Dès lors furent divulgués les fastes et les procédures des actions de la loi qui devinrent accessibles aux plébéiens comme aux patriciens. A partir de cette époque le droit se détacha complètement de la religion et peu à peu, sous l'influence de la philosophie stoïcienne, sous l'action du *jus gentium*, les jurisconsultes s'efforcèrent de dégager le droit du formalisme qui l'enveloppait, le rendait arbitraire et parfois même odieux. Autant les patriciens s'étaient attachés à tenir leur pratique secrète, autant les plébéiens s'empressèrent de ré-

[1] L. 2, § 35, *De origine juris*, D. 1, 2.

pandre la connaissance du droit. Tibérius Coruncanius ayant été élevé, quoique plébéien, à la dignité de grand pontife, vers la fin du ve siècle de l'ère chrétienne, ce jurisconsulte, d'une science attestée par Cicéron et par Pomponius, se mit le premier à enseigner publiquement le droit et son exemple ne tarda pas à être suivi. [1] Mais cette première forme de l'enseignement fut surtout pratique. Le jurisconsulte autorisait les jeunes gens à le suivre et à l'écouter dans ses consultations, pendant l'instance d'un procès, durant les plaidoiries. On ne saurait mieux comparer cette méthode d'enseignement qu'à celle employée au moyen âge pour les clercs de la Bazoche ; ce procédé est encore usité en Angleterre. Aussi, les jeunes gens qui s'attachaient ainsi à un jurisconsulte, portaient le nom d'*auditores* : leur rôle se bornait, en effet, à écouter leur maître ; ils le suivaient comme exemple et prenaient note de ses avis. Il n'est pas téméraire de conjecturer qu'une fois la consultation donnée, la procédure terminée, la plaidoirie achevée, le disciple s'approchait de son maître et s'adressait à sa bienveillance pour obtenir de nouveaux renseignements, lever des doutes, résoudre des objections, en un mot compléter son éducation.

Dès les derniers temps de la république, les jurisconsultes s'attachaient à élargir leur ensei-

[1] Cicéron, *Brutus*, 14, 55. — L. 2, § 38, *De origine juris*, D. 1, 2.

gnement, comme nous l'apprend encore Pomponius, dont le texte transcrit au Digeste forme le document le plus complet et le plus utile que nous possédions sur ce sujet.

Pomponius nous apprend qu'à cette époque l'étude du droit comprenait trois branches : *audire*, *instruere* et *instituere*. Nous savons déjà en quoi consistait l'*auditio* : c'était un enseignement essentiellement pratique. A l'*auditio* on opposait l'*institutio* qui formait un véritable enseignement méthodique, doctrinal, scientifique.[1] Dans l'*auditio*, le maître n'enseignait qu'accessoirement, il exerçait avant tout sa profession d'homme de loi; dans l'*institutio*, le maître se proposait surtout d'instruire ceux qui suivaient ses leçons. Enfin l'*instructio* consistait à préparer l'étudiant à la rédaction des actes et des formules.[2] Mais, même à cette époque, le jurisconsulte restait surtout un praticien, mêlé aux affaires publiques et privées. Son enseignement n'était encore qu'un accessoire de sa profession de jurisconsulte disant le droit.

Aussi n'existait-il pas d'écoles de droit auxquelles auraient été attachés des professeurs spéciaux, comme il y avait des rhéteurs. Cette différence explique comment la profession de

[1] Le mot *institutio* est pris avec ce sens dans les textes suivants : L. 27, § 2, *De usufructu*, D. 7, 1. — L. 4, *Ubi pupillus educari debeat*, D. 27, 2. — L. 31, *De solutionibus*, D. 46, 3.

[2] Bremer, *op. cit.*, p. 8. — Puchta, *Cursus der Instituten*, § 103.

jurisconsulte et celle de professeur de droit, intimement liées l'une à l'autre, exercées par des hommes dont l'influence était immense, qui rendaient service à tous, et parvenaient aux plus hautes dignités de la république, étaient entourées d'une grande considération, tandis qu'aucun homme d'une certaine valeur n'aurait consenti à enseigner la rhétorique.

On a cependant soutenu qu'il ne fallait pas confondre les grands jurisconsultes de Rome avec les professeurs de droit, et que la réputation de ceux-ci était en tout semblable à celle des rhéteurs. On aurait toléré les écoles de droit comme les écoles de rhétorique, mais sans leur reconnaître une grande valeur. En un mot, il aurait existé une distance immense entre les jurisconsultes proprement dits et les professeurs de droit; les uns placés à la tête de la société romaine, prenant part à toutes les affaires publiques et parvenant aux plus hautes magistratures, les autres exerçant un métier sans dignité.[1] Mais les deux textes invoqués à l'appui de cette opinion qui abaisse si injustement les professeurs de droit sont, le premier étranger à la question et le second en sens contraire de ce que l'on prétend. Sans doute Cicéron, dans son plaidoyer pour Murena, s'attache à railler les jurisconsultes. Mais il n'établit aucune distinction entre eux et les professeurs,

[1] Puchta, *Cursus der Instituten*, § 103. — Rudorff, *op. cit.*, § 62.

et c'est bien à eux tous que s'adressent ses railleries impitoyables. Toutefois il est assez naturel que Cicéron, plaidant pour Murena contre les deux jurisconsultes Servius Sulpicius et Caton, se soit attaché, comme avocat, à amoindrir la position de ses adversaires. Mais n'est-ce pas là précisément une preuve de l'importance de ces derniers? Si l'on veut connaître la véritable pensée de Cicéron sur le droit et sur les jurisconsultes, ce n'est pas dans un plaidoyer dirigé contre deux hommes de loi qu'il faut la chercher, mais dans quelques-uns de ces écrits : *de oratore*, *de officiis*, *de legibus*. Parlant pour Murena, il reproche aux jurisconsultes d'avoir introduit des innovations et des subtilités dans la loi.[1] Mais ailleurs il ne se fait pas faute d'attaquer la loi des Douze Tables, de critiquer le formalisme ridicule et dangereux des *Legis actiones*. S'il abaisse le jurisconsulte au profit de Murena, il s'attache au contraire à l'élever dans son traité de l'orateur : il en fait un *vir amplissimus et clarissimus*. Il n'admet pas que l'avocat puisse se présenter au *forum* sans connaître le droit.[2]

Dans tous les cas on remarquera que même en plaidant pour Murena, Cicéron s'attaque aux jurisconsultes et non aux professeurs de droit. Son discours ne peut donc pas servir d'argument à

[1] *Quum permulta præclare legibus essent constituta, ex jurisconsultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt.*

[2] *De oratore*, 1, 38, 173.

ceux qui veulent élever les jurisconsultes et abaisser les professeurs. Ils auraient dû même se souvenir qu'à l'époque de Cicéron ces deux professions n'étaient pas séparées l'une de l'autre.

Le second texte est encore moins probant et il se retourne même, à mon avis, contre ceux qui l'invoquent. C'est un passage d'Ulpien où ce jurisconsulte s'exprime dans les termes suivants :

« *Proinde ne juris quidem civilis professoribus jus dicet præses provinciæ; est quidem res sanctissima civilis sapientia, sed quæ pretio nummario non sit æstimanda, nec deshonestanda dum in judicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti efferri debuit; quædam enim tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur.* Il faut altérer le sens naturel de ce texte pour y découvrir que les professeurs de droit étaient étrangers à la *sanctissima civilis sapientia.* Le contre-sens me paraît manifeste. C'est au contraire parce qu'ils s'adonnent à cette science honorable entre toutes, qu'on leur interdit d'agir en justice pour réclamer leurs honoraires; ils peuvent les accepter lorsqu'ils leur sont volontairement offerts, mais ils s'abaisseraient s'ils les réclamaient. D'ailleurs on ne contestera pas que les plus grands jurisconsultes ont écrit des ouvrages de pure doctrine à l'usage des étudiants; telles étaient les Sentences de Paul, les Règles d'Ulpien, les Institutes des mêmes jurisconsultes et celles de Callistrate, de Florentin, de Modestin, etc.

13. — Sous l'empire, les écoles tenues par les professeurs de droit étaient publiques. On les appelait *stationes*. Aulu-Gelle nous donne quelques renseignements sur ces écoles et raconte un fait qui se passa au temps de sa jeunesse, c'est-à-dire sous Antonin le Pieux ou peut-être même sous Adrien. [1] Parmi les professeurs, les uns, *jus publice docebant*, les autres *jus publice respondebant*. L'enseignement était donc public, quoiqu'il ne fût pas donné au nom de l'État. C'est ce que confirme encore d'autres textes, notamment le passage connu du jurisconsulte Pomponius, relatif à Tibérius Coruncanius. [2] Aulus-Gelle nous apprend que l'enseignement donné dans les *stationes* ou *scholæ* était de deux sortes : *docere*, *respondere*. Dans les *stationes docentium*, le maître seul prenait la parole, exposait oralement les doctrines de son enseignement devant un auditoire assidu, composé d'élèves qui voulaient s'initier à la science du droit. Tout autre était l'enseignement dans les *stationes respondentium* : le professeur indiquait une question de droit née dans la pratique ; une discussion s'élevait parmi les assistants et le maître donnait son avis. L'auditoire était probablement plus varié et moins assidu. C'est à une de ces discussions qu'Aulu-Gelle prit part, comme il nous l'apprend dans le texte précité. On assistait donc plutôt dans

[1] *Nuits attiques*, 13, 13.

[2] L. 2, § 47, *De origine juris*, D. I, 1. — Suétone, *Domitien*, 2. — Suétone, *De claris oratoribus*, 1.

les *scholæ respondentium* à de véritables disputes semblables à celles qu'on agite encore aujourd'hui dans les conférences des étudiants ou dans celles des avocats stagiaires. Comme aujourd'hui encore, on préférait les questions nées des procès les plus récents, mais à défaut de contestations importantes, on ouvrait la discussion sur des espèces supposées, sur des hypothèses (*otiosæ quæstiones*, comme dit Aulu-Gelle.)

Lorsqu'une question était proposée, de droit civil ou de droit criminel, [1] le *respondens* donnait sa réponse dans une forme synthétique et assez développée pour servir de base à une discussion. Cette réponse était alors analysée et chacune de ses parties donnait lieu à un débat. [2] Le professeur prenait part à la discussion pour soutenir la solution qu'il avait indiquée au début. [3] On employait déjà dans ces disputes deux procédés familiers aux jurisconsultes anglais : ceux qui prenaient la parole s'attachaient à comparer l'espèce proposée à d'autres qui s'étaient déjà présentées pour faire ressortir les ressemblances ou les différences; [4] d'autres fois, on rapprochait le droit strict de l'équité. [5] Enfin, la discussion terminée, le maître la résumait et faisait connaître la solution définitive.

[1] L. 39, *De pœnis*, D. 48, 17.
[2] L. 48, § 1, *De vulgari et pupillari substitutione*, 28, 6.
[3] L. 19, *De liberis et postumis*, 28, 2.
[4] L. 9, *De rebus dubiis*, 34, 5.
[5] L. 32, *De peculio*, 15, 1.

Dans les *scholæ docentium* on s'attachait à faire connaître l'ensemble et les principes de la jurisprudence.

14. — Le droit pontifical était complètement délaissé déjà au temps de Cicéron : *Pontificium jus nemo discit*, écrivait le grand orateur.[1] Au temps de Gaius, la loi des Douze Tables était encore enseignée, mais moins pour elle-même que comme point de départ du développement de la science du droit ; c'est bien à ce point de vue que Gaius se place lorsqu'il nous la fait connaître dans ses Commentaires. Il ne lui épargne pas les critiques. Après avoir exposé le système de la loi des Douze Tables sur les successions *ab intestat*, Gaius ajoute : « Il est facile de voir que le droit qu'elle établit est fort étroit ; mais l'édit du préteur a corrigé ces iniquités du droit civil. »[2] Notre jurisconsulte ne se fait pas faute non plus de critiquer les dispositions de la loi des Douze Tables pour le cas du *furtum prohibitum*. Une personne s'oppose-t-elle à ce qu'on fasse à son domicile des recherches pour y découvrir un objet volé, la loi des Douze Tables décide qu'en pareil cas, le plaignant pourra cependant faire ses recherches, à la condition *ut nudus quærat linteo cinctus, lancem habens*. Toute cette loi est ridicule, ajoute Gaius, car celui qui défend à un homme vêtu de faire une recherche, s'opposera bien plus à ce qu'il la fasse nu,

[1] Cicéron, *De oratore*, 3, 33, 136.
[2] *Comm.* II, § 18 et 25.

puisque si la chose était trouvée dans ces circonstances, la peine encourue serait beaucoup plus rigoureuse. Ensuite pour quel motif la loi des Douze Tables ordonne-t-elle à celui qui fait la perquisition de tenir un plat ? Est-ce pour qu'il ne puisse rien cacher dans sa main, ou pour qu'il place l'objet retrouvé dans le plat ? Mais comment ferait-il si cet objet était d'un certain volume et le plat de petite dimension, car le plus petit plat suffit pour satisfaire la loi des Douze Tables. [1] Gaius ne critique pas moins amèrement la procédure des *Legis actiones*, son formalisme étroit et rigoureux.

Toutefois cette loi des Douze Tables, quoiqu'appartenant à un autre âge, restait la base du droit romain. Aussi fallait-il l'étudier pour comprendre les progrès de la législation. Mais au temps de Gaius, on s'attachait surtout aux lois, aux plébiscites, aux senatus-consultes, et plus encore à l'œuvre immense du préteur qui avait, à proprement parler, sur toutes les branches du droit privé (famille, propriété, successions, obligations, procédure), établi une seconde législation destinée à compléter ou même à corriger le droit civil. On enseignait le droit public comme le droit privé; celui-ci occupait toutefois la première place, comme le prouvent les nombreux écrits des jurisconsultes. Cet ensemble de l'enseignement portait le nom d'*Opus* et il se subdivisait en un certain nombre

[1] *Comm.* III, § 192 et 193.

de parties (*partes*). On peut se rendre assez exactement compte de ce qu'il était, en consultant les ouvrages élémentaires écrits pour la jeunesse. Dans certains cours des *stationes docentium*, on étudiait spécialement l'édit prétorien ; d'autres étaient consacrés à l'ensemble du droit civil, d'autres encore se bornaient à poser les règles fondamentales du droit. Mais ce serait une erreur de croire que les cours fussent nécessairement identiques aux livres élémentaires de doctrine. Ces livres nous font connaître l'objet de l'enseignement et sa méthode plutôt que l'étendue des cours. Il semble que les professeurs n'aient été assujettis à aucune règle tant que l'enseignement demeura libre. On pouvait donc enseigner soit un ensemble de matières, par exemple la loi des Douze Tables, l'édit du préteur, ou au contraire, un sujet spécial.

15. — De même, aucune condition de capacité ou autre n'était imposée à ceux qui voulaient *docere vel respondere*. [1] Ils durent, d'assez bonne heure, faire une déclaration à l'autorité compétente et c'est peut-être de cette déclaration appelée *professio* qu'est venu le nom de *juris civilis professores* ; mais, cette déclaration était exigée dans leur intérêt, pour leur assurer les privilèges accordés aux *professores artium liberalium* et nullement comme condition du droit d'ouvrir un cours ou une dispute. [2]

[1] L. 2, § 47, *De origine juris*, 1, 2.

[2] Sur les privilèges dont jouissaient à Rome les professeurs

La durée de l'enseignement était également arbitraire, pour les élèves comme pour les professeurs. On ne sait pas bien exactement quelle était chaque année la durée des cours. Les tribunaux prenaient vacance et les écoles fermaient leurs portes au mois de juillet. [1] Les miasmes de l'été obligeaient tous les habitants qui n'étaient pas nécessairement retenus à Rome par leurs occupations ou par l'insuffisance de leurs ressources, à se retirer dans les campagnes environnantes jusqu'au mois d'octobre. A ce moment, Rome se peuplait de nouveau, mais pour se livrer aux fêtes: jeux plébéiens en novembre, saturnales en décembre ; aussi le cours de la justice était-il à peu près en fait suspendu déjà au temps d'Auguste pendant ces deux mois. [2] On en a conclu que l'enseignement du droit durait six mois : de janvier à juillet. Cette conjecture devient une certitude pour l'enseignement de Labéon qui fut un des deux grands chefs d'école. Pomponius nous apprend que Labéon passait six mois à enseigner et six mois à écrire : *sex mensibus cum studiosis erat, sex mensibus libris conscribendis operam dabat.* [3]

16. — On a essayé, dans ces derniers temps,

de droit, cpr. Georges Flach, *De l'enseignement du droit chez les Romains*, p. 57 et suiv.

[1] Pline le Jeune, *Epistolæ*, 8, 21. — Martial, *Epigrammes*, 10, 62.

[2] Suétone, *Octave*, 32.

[3] L. 2, § 47, *De origine juris*, D. 1, 2.

de déterminer dans quelle partie de Rome les jurisconsultes distribuaient leur enseignement, où étaient placés ces *auditoria publica*, salles publiques comme en possédaient les rhéteurs. Il est établi que ceux-ci obtinrent parfois des empereurs la concession de certains lieux pour y donner leur enseignement. Lampride nous dit d'Alexandre-Sevère : « *Rhetoribus, grammaticis, medicis, haruspicibus, mathematicis, mecanicis, architectis, salaria instituit et auditoria decrevit.* » C'est dans le même but qu'Adrien fonda à Rome son *Athænaüm.* [1] Mais nous ne savons rien de semblable pour les écoles de droit. Ce qui paraît acquis, c'est que les jurisconsultes se tenaient volontiers auprès des bibliothèques publiques où ils étaient souvent appelés à faire des recherches. Le nombre de ces bibliothèques était considérable ; certains auteurs en énumèrent jusqu'à vingt-huit ; les plus importantes étaient celle du temple de la paix, fondée par Vespasien, la bibliothèque Ulpienne, établie dans le temple de Trajan, etc. [2] Ces bibliothèques, ordinairement installées dans des temples, étaient confiées à des employés spéciaux sous les ordres desquels étaient placés des agents subalternes pris parmi les *servi publici*. L'administrateur des bibliothèques de Rome était un personnage considérable. L'empereur Adrien choisit pour *a studiis* cet administrateur parce qu'il était, en effet, l'homme le

[1] Flach, *op. cit.*, p. 48.

[2] Bremer, *op. cit.*, p. 13 et suiv.

plus apte à faire les recherches nécessaires à l'empereur pour toutes les questions de droit ou autres que le prince était appelé à trancher.[1]

Quoi qu'il en soit, si les jurisconsultes et leurs élèves avaient le plus grand besoin des bibliothèques publiques pour s'instruire et se livrer à des recherches, est-il permis d'en conclure qu'auprès de ces bibliothèques étaient aussi établis les *auditoria publica* des professeurs de droit ? On l'a affirmé. Bremer n'hésite même pas à décider qu'il y avait une école de droit au Capitole parce qu'il y existait une bibliothèque. En l'absence de textes, nous ne pouvons traiter ces assertions que comme de simples conjectures. M. Dernburg a essayé de déterminer l'emplacement des *auditoria* tenus par les jurisconsultes en s'appuyant sur deux textes, l'un de Juvénal, l'autre d'Horace.[2]

Juvénal énumère les principales occupations des Romains :

Sportula, deinde Forum jurisque peritus Apollo.

Apollon, le dieu de la poésie, n'éprouvant aucune sympathie pour la jurisprudence, cette fin du vers ne peut se comprendre qu'à la condition de supposer une allusion au temple d'Apollon aux abords duquel étaient établies les *stationes* des jurisconsultes.[3] C'est ce que confirme une scholie

[1] Cpr. Cuq, *Mémoire sur le concilium principis*, dans les *Mémoires présentés par divers savants à l'Académie des inscriptions et belles-lettres*, 1re série, IX, p. 373.

[2] *Die Instituten des Gaius*, p. 11 et suiv.

[3] Juvénal, *Satire* 1, vers 128.

écrite à l'époque où cet état de choses durait encore : *Totos dies sic consument divites, dum aut ad sportulam aut ad templum Apollinis vadunt ad tractandum.* Une autre scholie sur le vers 128 est encore plus précise : « *Aut quia juxta Apollinis templum juris periti sedebant et tractabant, aut quia bibliothecam juris civilis et liberalium studiorum in templo Palatini dedicavit Augustus : nam hic est Apollo cujus et Horatius meminit* : « *Sic me servavit Apollo.* »

Mais quel était ce temple d'Apollon auprès duquel les jurisconsultes auraient établi leurs *stationes?* La seconde scholie répond qu'il s'agit du temple d'Apollon palatin élevé par Auguste après la bataille d'Actium. M. Dernburg repousse toutefois cette interprétation. Ce temple, situé sur le mont Palatin, était fort éloigné du Tibre et du Forum. Est-il possible d'admettre que cet endroit, éloigné du centre des affaires et de la vie publique, ait été le rendez-vous des jurisconsultes, de leurs clients et de leurs élèves? M. Dernburg prétend qu'Horace lui a fait connaître, dans sa satire sur l'*Importun*, le véritable temple auprès duquel se groupaient les hommes de loi à l'effet de *docere* et *respondere*.

Horace se promenait sur la Voie sacrée lorsqu'il fut accosté par son *Garrulus* qui s'attacha obstinément à ses pas. Pour s'en débarrasser, le poète lui dit qu'il se rend fort loin au-delà du Tibre, près des jardins de César. Cette perspective n'effraye pas l'importun qui persiste à accompagner le poète.

En passant près du temple de Vesta, Horace espère un instant échapper à son interlocuteur qui est appelé pour un procès devant le tribunal du préteur au *comitium* situé le long de la *Sacra via*, au pied du Capitole. Horace se croit sauvé ; il prétexte qu'il n'a pas le temps d'attendre son interlocuteur, mais celui-ci répond qu'il aime encore mieux perdre son procès plutôt que de quitter le poète. Ils continuent donc leur route en commun, quittent la Voie sacrée, tournent à gauche le coin du mont Palatin, et s'engagent, pour gagner le Tibre, dans le quartier commerçant, le *Vicus Tuscus*. Là Horace rencontre un ami qui le raille de son infortune, mais ne le débarrasse pas de son bavard. Enfin le poète est soudain délivré par Apollon.

Un créancier du fâcheux apparaît, s'empare de lui, prend la foule à témoin, Horace lui-même, et entraîne son débiteur. Le poète peut enfin s'écrier: *Sic me servavit Apollo.* Au moment où s'opéra la délivrance du poète, il n'avait certes pas atteint la *Porta trigemina*, ni le pont Sublicius ; autrement Horace n'aurait pas manqué de le dire, puisque tel était le but de sa course. Le poète et son interlocuteur étaient donc en vue du temple d'Apollon *Cœlispex*. Ce temple, construit dans la onzième région de Rome, était situé près de celui d'Hercule Olivier et du *Circus Maximus*. Arrivé à cette partie de sa course, Horace avait été délivré par Apollon *juris peritus*, mais non pas par Apollon l'ami des poètes. Celui-ci serait évidemment venu bien plus tôt à son secours. Mais la rencontre du

créancier qui emmène son débiteur devant la justice, prouve bien qu'on était parvenu dans le lieu où se réunissaient les jurisconsultes. M. Dernburg arrive ainsi, par une suite de conjectures ingénieuses, à découvrir dans quelle partie de Rome les jurisconsultes donnaient leur enseignement : c'était près du temple d'Apollon *Cœlispex*, situé vers le Tibre, entre le *Vicus Tuscus* et la *Porta trigemina*, où s'élève aujourd'hui l'église de *Sancta-Maria in Cosmedin*, près du port et du *boarium*, dans le voisinage du *Forum romanum comitium*, du *Velabrum*, et de l'Arc de Janus *Quadrifrons*, où se tenaient les changeurs, les marchands de vin et les restaurateurs, entre le Capitolin, l'Aventin et le Tibre, en un mot au centre de la vie active de Rome.

Mais cette conclusion de M. Dernburg n'est qu'une œuvre d'imagination ; elle manque de toute base sérieuse. Horace ne nous fait pas, en effet, connaître sa promenade et c'est en réalité M. Dernburg qui promène Horace, avec plus d'agrément d'ailleurs que le poète n'avait promené son bavard. La satire ne nous indique que quatre points du trajet : le point de départ, *Sacra via*, le but, *Cæsaris Horti* et deux points intermédiaires, très rapprochés l'un de l'autre, le temple de Vesta et le tribunal du préteur. Ces quatre points fixés, rien n'est plus facile que de promener Horace dans plusieurs directions ; on tombe dans la conjecture. Le temple d'Apollon *Cœlispex* n'était pas le seul qui fût placé dans le voisinage du Tibre. On en

connaît encore deux autres : le vieux temple d'Apollon, en dehors de la *Porta Carmentalis*, près du théâtre de Marcellus, et le temple d'Apollon médecin, près la porte *Flumentana*. Qui nous dit qu'Horace n'était pas en vue de l'un ou de l'autre de ces temples au moment où il fut délivré par le créancier? On peut tout aussi bien admettre l'itinéraire suivant que celui de M. Dernburg : Horace quitte la Voie sacrée, longe le mont Capitolin, traverse la porte Carmentale et suit la base du Janicule ; dans ce cas, il arrive près du vieux temple d'Apollon qui avoisine le théâtre de Marcellus. Rien ne s'oppose non plus à ce qu'il soit passé à proximité de la porte Flumentana et du mont Palatin, et alors c'est en vue du temple d'Apollon médecin qu'Horace se serait écrié : *Sic me servavit Apollo.* [1] M. Dernburg prétend que si Horace avait été délivré par Apollon le dieu des poètes, celui-ci ne l'aurait pas fait souffrir aussi longtemps. Il n'y a là qu'une ingénieuse réflexion : si Horace avait été délivré plus tôt sa satire aurait manqué de charme. [2]

A notre avis, au temps d'Auguste, les jurisconsultes donnaient leur enseignement, tenaient

[1] Cf. Georges Fiach, *De l'enseignement du droit chez les Romains*, p. 53.

[2] On pourra consulter, pour la promenade d'Horace, l'ouvrage de M. Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, 4e éd., 4 vol. in-8. La carte de Dezobry nous fait connaître : le temple antique d'Apollon (n° 149) ; le temple d'Apollon palatin (n° 218) ; le temple d'Apollon médecin (n° 265) ; les jardins de César (n° 295) ; les bois des Césars (n° 300). Mais on remarquera que cette carte ne mentionne pas le temple d'Apollon *Cœlispex*.

leurs *stationes* auprès du temple d'Apollon qu'Auguste éleva après la bataille d'Actium ; cet Apollon palatin était aussi Apollon *juris peritus* dont parle la première satire (vers 128) de Juvénal. Une scholie placée sur ces mots et déjà citée mais qu'il faut rappeler, nous le dit formellement : « *Aut quia juxta Apollinis templum juris periti sedebant et tractabant, aut quia bibliothecam juris civilis et liberalium studiorum in templo Palatini dedicavit Augustus : nam hic est Apollo cujus et Horatius meminit : Sic me servavit Apollo.* » Le temple était sans doute assez éloigné du centre des affaires, mais ce quartier de Rome n'en était pas moins celui qui convenait le mieux aux études juridiques. Auguste avait fondé auprès de ce temple une belle bibliothèque qui devait rendre les plus grands services aux jurisconsultes et aux étudiants. [1] En outre, dès le règne d'Auguste, le *consilium* était convoqué pour l'examen des affaires politiques et administratives au palais impérial, dans le temple d'Apollon. [2] Pour les affaires civiles, les premiers empereurs rendaient la justice en public, comme les autres magistrats, tantôt au Forum, tantôt sous le portique du temple d'Hercule. Mais en matière criminelle, le conseil se réunissait ordinairement dans le palais de l'empereur, parfois même dans son appartement. A partir de Marc Aurèle, une salle appe-

[1] Voyez Dezobry, *op. cit.*, III, p. 473.

[2] Josèphe, *De bello jud.*, lib. II, cap. 6 ; *Ant. jud.*, lib. XVII, cap. 11.

lée *auditorium* fut spécialement affectée, dans le palais impérial, aux séances du conseil délibérant au contentieux. L'empereur avait cessé de se rendre au Forum : il jugeait toutes les affaires, civiles, criminelles ou autres, dans l'intérieur de son palais.[1] Or il n'est pas inutile de rappeler que les plus grands jurisconsultes étaient appelés à siéger dans ce *concilium principis*. Parmi eux, un certain nombre étaient en même temps professeurs de droit. Dès lors quoi d'étonnant s'ils tenaient leurs *stationes* auprès du temple d'Apollon palatin où ils siégeaient comme membres du conseil impérial. Les autres jurisconsultes étaient tout aussi intéressés à se tenir en communication permanente avec les membres du conseil. N'était-ce pas le seul moyen de se mettre au courant des décisions nouvelles qui pouvaient intéresser la jurisprudence ?

Telle était l'organisation du droit chez les Romains pendant les premiers siècles de l'empire et par conséquent à l'époque où vivait Gaius. Il nous reste à faire connaître l'esprit de cet enseignement en nous occupant des deux grandes écoles de jurisconsultes, celle des Sabiniens et celle des Proculiens.[2]

[1] Pour plus de détails sur ce point et pour l'indication des textes, cpr. Cuq, *Mémoire sur le concilium principis d'Auguste à Dioclétien*, dans les *Mémoires présentés par divers savants à l'Académie des inscriptions et belles-lettres*, 1re série, t. IX, 2e partie, p. 402 et 403.

[2] Indépendamment des écoles de Rome, les écoles provinciales les mieux connues sont celles qui étaient établies à Béryte,

17. — La division des jurisconsultes romains en deux écoles, à partir d'Auguste et pendant un certain temps, a beaucoup exercé la sagacité des jurisconsultes modernes. [1] Il semble aujourd'hui

colonie phénicienne fondée par Auguste, à Alexandrie en Egypte, à Césarée en Cappadoce, à Athènes. On trouvera quelques détails sur ces écoles dans Georges Flach, *op. cit.*, p. 117 et suiv. Nous n'avons pas à parler ici de l'époque où les écoles de droit furent organisées par l'Etat et placées sous sa direction. Il y eut probablement à Rome une école officielle, consacrée aux *studia liberalia* avant qu'on en eût créé à Constantinople ; il en est en effet question dans une constitution de l'an 370, à l'occasion de la discipline des études, mais cette constitution ne nous fait pas connaître l'organisation de cette école, ni l'enseignement qui s'y donnait. L'école officielle de Constantinople fut fondée en l'an 425, par les empereurs Théodose II et Valentinien III (Const. 3, C. Th., *De stud. lib. Urb. Rom. et Const.* 14, 9). Les professeurs de l'Etat avaient seuls le droit d'enseigner publiquement *intra auditorium* ; les autres personnes ne pouvaient donner de leçons qu'à huis-clos et dans leur propre demeure, sous peine d'être notées d'infamie et expulsées de la ville ; d'un autre côté, il était interdit aux professeurs de l'Etat de se livrer à aucune autre occupation. La nouvelle école possédait dix grammairiens et trois rhéteurs pour l'enseignement de l'éloquence romaine, dix grammairiens et cinq sophistes pour la littérature grecque, un professeur *qui philosophiæ arcana rimetur* et enfin deux professeurs *qui juris ac legum formulas pandant.* On trouvera une esquisse de l'histoire de l'enseignement officiel du droit sous le Bas Empire et de la réforme introduite plus tard par Justinien dans Georges Flach, *De l'enseignement du droit chez les Romains*, p. 124 et suiv.

[1] Cpr. en sens divers : Mascow, *Diatribe de sectis sabinianorum et proculianorum.* —Hommel, *De principali causa dissensionum inter Labeonem et Capitonem.* — Dirksen, *Beiträge* 3, *Kunde der römischen Rechts.* — Grimm, *Wort des Beitzes*, p. 14. —Walter, *Geschichte des römischen Rechts*, t. II, p. 436. — Puchta, *Cursus der Instituten*, t. I, § 98. —

établi que chacune des écoles possédait ses *stationes*. Aussi lorsque Gaius oppose *nostra schola*, *diversa schola* à *nostri præceptores*, *diversæ scholæ auctores*, ces deux mots ne désignent pas seulement l'une des sectes juridiques, mais encore la *statio* où se donnait son enseignement. Dans chacune de ces *stationes* tout maître avait un successeur qui était appelé par son autorité et son talent à prendre sa place : c'est à cette *successio* que fait allusion Pomponius dans son fragment sur l'histoire des jurisconsultes. [1] Ce maître était alors le représentant le plus autorisé de l'école à laquelle il appartenait. Mais d'ailleurs, à côté de ces successions de maître à maître, il en existait d'autres encore pour les jurisconsultes moins influents. Il ne faudrait pas non plus croire que chacune des deux écoles eût une méthode propre, ou des doctrines particulières, ou un caractère politique déterminé. Sans doute certaines opinions se transmettaient de maître en maître ; mais souvent aussi, le successeur repoussait la doctrine qui avait été enseignée par son prédécesseur et préférait même parfois l'opinion de l'école opposée. De même, il n'est pas possible de dire qu'une des écoles ait préféré le droit strict à l'équité ou réciproquement, ni qu'elle ait été plus matérialiste ou formaliste.

Rudorff, *Römische Rechtsgeschichte*, t. I, p. 182, et surtout Kuntze, *Excurse über röm. Recht*, 2e édit., p. 319. — Bremer, *Rechtslehre und Rechtslehrer im römischen Kaiserrecht*, p. 68 et suiv.

[1] L. 2, § 13, 35, 47, *De origine juris*, 1, 2.

Ces deux écoles n'ont pu vivre l'une à côté de l'autre qu'au moyen de cette *successio* dont parle Pomponius et qui faisait remplacer un maître par un autre maître de la même secte : l'élève d'un maître proculien devenait lui-même plus tard, à raison de son instruction juridique, un proculien, et même un maître de l'école, si son talent était assez éclatant pour lui conférer cette dignité. Mais cette transmission n'était pas un obstacle à la liberté des méthodes ou des doctrines. Comment soutenir, par exemple, que les Proculiens étaient républicains et les Sabiniens partisans de la nouvelle forme du gouvernement lorsqu'on voit figurer parmi les amis de Tibère le proculien Cocceius Nerva et parmi ceux de Domitien le proculien Pégasus, tandis que le sabinien Gaius Cassius Longinus est exilé en Sardaigne par Néron. [1]

Les exemples abondent de cas où l'on voit les jurisconsultes d'une école abandonner le système de leur propre maître pour se rallier à celui de l'école adverse. Ainsi Gaius nous rapporte un cas où Cassius approuvait une opinion de Labéon, tandis que Proculus suivait celle d'Ofilius, le maître de Capiton. [2] De même, on voit Proculus repousser l'avis de Nerva et se ranger à celui de Cassius sur une question relative à l'usufruit des

[1] Tacite, *Annales*, liv. VI, chap. 26. — Suétone, *Néron*, chap. 37. — L. 2, § 51, *De origine juris*, 1, 2.

[2] Gaius, *Commentaire* III, § 140. Cpr. *Commentaire* II, § 218.

créances.[1] Ulpien nous montre Celsus adoptant une opinion de Sabinus.[2] Nous voyons encore Julien se conformer à l'avis de Labéon sur une question relative à l'institution d'héritier *sine parte*.[3] De son côté, Javolenus déclare, dans une *epistola*, qu'il approuve une solution de Proculus en matière de legs.[4]

On a dit que les Proculiens se préoccupaient de réaliser une idée, tandis que les Sabiniens cherchaient avant tout à donner satisfaction par la voie la plus simple à un intérêt matériel, ou bien encore que les Sabiniens étaient plus matérialistes que les Proculiens; ou enfin que les uns s'attachaient de préférence à la rigueur du droit, tandis que les autres s'efforçaient de donner satisfaction à la volonté de l'homme. Mais ce sont là de simples affirmations sans preuves à l'appui. En réalité, les deux écoles n'avaient encore une fois aucun parti pris. Quelques exemples pourront le montrer. Qu'un artiste taille une statue dans un bloc de marbre qui ne lui appartient pas, à qui faut-il attribuer la statue? Au propriétaire de la matière, disent les Sabiniens; à l'artiste disent les Proculiens. La première solution est certes plus matérialiste, plus conforme à la rigueur du droit que la seconde.[6] Mais supposons maintenant qu'un créan-

[1] L. 3, *De usufructu earum rerum*, 7,5.
[2] L. 9, § 13, *De heredibus instituendis*, 38, 5.
[3] L. 20, § 1, *De heredibus instituendis*, 38, 5.
[4] L. 11 et 64, *De heredibus instituendis*, 38, 5.
[6] Gaius, *Commentaire* II, § 79.

cier accepte en payement une chose autre que celle qui lui est due, la dette est-elle éteinte ? Les Sabiniens donnent une réponse affirmative, les Proculiens une réponse négative. Pour ce cas, les Proculiens adoptent la doctrine la plus conforme à la rigueur du droit et ne se préoccupent pas de la volonté des parties : la dation en payement suppose une translation de propriété et un pacte de remise ; or un simple pacte ne peut pas éteindre une obligation *ipso jure* ; il permet seulement d'en paralyser l'effet par une exception. Les Sabiniens s'attachent moins à la rigueur du droit : dans l'intention des parties, les choses doivent se passer comme s'il y avait eu payement ; donc la dette est éteinte *ipso jure*. [1] Dans la théorie des legs, au contraire, les Sabiniens se préoccupent moins de la volonté de l'homme que les Proculiens : ils déclarent le légataire *per vindicationem* propriétaire même à son insu dès que l'héritier a fait addition, sauf le droit pour le légataire de répudier la libéralité, tandis que les Proculiens, subordonnent l'acquisition à une manifestation de volonté de la part du légataire. [2] Lorsqu'au cours du procès, et après la *litis contestatio*, le défendeur a donné satisfaction au demandeur, que doit faire le juge ? Les Proculiens s'attachent à la règle suivant laquelle le juge doit se déterminer d'après la situation des parties à l'époque de la *litis contestatio* ; or, à ce moment, le défendeur était débiteur du demandeur ;

[1] Gaius, *Commentaire* III, § 168.
[2] Gaius, *Commentaire* II, § 195.

donc le juge doit condamner le défendeur quoique celui-ci ait plus tard donné satisfaction au demandeur. Les Sabiniens veulent que le défendeur soit absous. [1] C'est la solution la plus raisonnable et aussi, quoiqu'on ait voulu de nos jours soutenir le contraire, la plus utile. Ce qui le prouve bien, c'est que dans la suite, elle a été seule acceptée. On pourrait multiplier les exemples. Mais nous en avons dit assez pour établir que les Sabiniens et les Proculiens ne se distinguaient pas les uns des autres par la méthode ni par l'esprit de leur enseignement. Chaque école avait été fondée par un grand maître, celle des Proculiens par Labéon, et celle des Sabiniens par Capiton. Chaque maître avait eu ses disciples qui étaient ensuite devenus, par voie de succession, des maîtres représentant l'école ; assez souvent le successeur suivait la doctrine de l'école, mais jamais il ne s'y croyait obligé et son exemple était imité par les autres membres de l'école qui n'occupaient pas un rang aussi élevé. Aussi ne faut-il pas s'étonner que, de bonne heure, la distinction entre les deux sectes disparut complètement.

Labéon et Capiton, les deux fondateurs de nos écoles, vécurent sous Auguste et moururent sous Tibère. Par leur caractère politique comme par leur esprit scientifique, ils offraient un remarquable contraste l'un avec l'autre. Tacite nous fait connaître les deux hommes au point de vue politique. [2]

[1] Gaius, *Commentaire* IV, § 114.
[2] *Annales*, III, 70 et 75.

Pomponius nous les fait connaître comme savants.[1] Labéon était fils du jurisconsulte Quintus, qui après la défaite de la république à Philippe, était mort comme Brutus et Cassius. Il restait fidèle aux doctrines stoïciennes et aux principes républicains qui lui avaient été inculqués par son père. Auguste essaya de l'attirer à lui par l'offre du consulat ; mais Labéon refusa, au risque d'être tourné en dérision par les hommes dévoués au nouveau pouvoir, comme Horace qui qualifie notre jurisconsulte d'*insanior inter sanos*.[2] Capiton appartenait, au contraire, à une famille qui avait profité des fureurs des guerres civiles et des gloires de l'empire ; aussi était-il tout dévoué au pouvoir nouveau, au point même de compromettre sa dignité par sa bassesse : « *Capito*, dit Tacite, *insignitior infamia fuit, quod humani divinique juris sciens egregium publicum et bonas domi artes dehonestavisset.* »[3] Les deux maîtres ne différaient pas moins par les tendances scientifiques. Labéon avait été élevé par Trébatius et avait, en outre, suivi les leçons de tous les autres jurisconsultes en renom. Il connaissait la grammaire, les belles-lettres, en un mot toutes

[1] L. 2, § 47, *De origine juris*, 1, 2.

[2] Horace, *Satires*, I, 3.

[3] Tacite, *Annales*, III, 70. Aulu-Gelle nous a rapporté une lettre curieuse, dans laquelle Capiton appréciait son rival : « *Agitabat hominem, libertas quædam nimia et vecors ; usque eo ut, divo Augusto jam principe et rempublicam obtinente, ratum tamen pensumque nihil haberet, nisi quod justum sanctumque in romanis antiquitatibus legisset.* », Aulu-Gelle XIII, 3.

les sciences de l'époque ; son savoir étendu lui avait donné une grande indépendance d'esprit ; aussi ne craignait-il pas d'abandonner les doctrines de son maître Trébatius et de se déclarer franchement novateur.[1] Capiton avait moins étudié ; il représentait, dans la science, l'esprit conservateur, s'attachant à suivre les opinions de son maître Ofilius. Les successeurs de Labéon furent Nerva le père, Proculus qui donna son nom à la secte, Nerva le fils, Pégasus, Juvenitus Celsus, Celsus le fils, Neratius Priscus. Ceux de Capiton furent Massurius Sabinus, Gaius Cassius Longinus, Cælius Sabinus, Priscus Javolenus, Aburnius Valens, Tuscianus et Salvius Julianus. Ces jurisconsultes, dont l'énumération nous est donnée par Pomponius, furent successivement les chefs de l'une ou l'autre école, surtout par leur enseignement. Mais chaque école comprenait encore un grand nombre d'autres membres moins illustres. Tel était précisément notre jurisconsulte Gaius qui, de son temps, nous l'avons vu, ne jouissait pas d'une grande notoriété. Il n'y a d'ailleurs aucun nom à ajouter parmi les maîtres à ceux que nous fait connaître Pomponius. Déjà de son temps à l'époque des Antonins, la division des jurisconsultes en Proculiens ou Sabiniens, n'était pour ainsi dire plus qu'une affaire de mots ; les scissions

[1] Aulu-Gelle, IV, 2 ; XIII, 10. Voici plusieurs textes dans lesquels Labéon s'écarte de Trébatius : L. 1, § 41, *Depositi*, 16, 3 ; L. 1, § 2, *De periculo et commodo rei venditæ*, 18, 6 ; L. 29, pr. L. 100, § 1 et 3, *De legatis et fideicommissis*, 32, (3).

s'étaient effacées, les doctrines s'étaient confondues et, au troisième siècle, sous l'influence dominante des grands jurisconsultes, Paul, Papinien, Ulpien, il ne reste plus rien des deux anciennes écoles qui avaient été le berceau de la science romaine.

Ces développements sur l'enseignement du droit sous l'empire ne sont pas inutiles pour bien connaître Gaius.

§ 5.

Caractère et qualités de Gaius.

18. Gaius était-il stoïcien ? — 19. Clarté et méthode de Gaius. — 20. Ses études historiques. — 21. Gaius appartenait à l'école des Sabiniens. — 22. Silence que gardent les contemporains de Gaius sur son compte.

18. — Il n'est pas plus facile de faire connaître le caractère de Gaius que sa vie. On a dit qu'il était stoïcien, un vrai stoïcien, fidèle aux anciennes traditions et insensible à ces généreuses défaillances de l'École du Portique ; [1] à l'appui de cette opinion on cite la dureté de Gaius envers les esclaves.

Je n'entends me prononcer, ni pour, ni contre cette opinion : j'ai lu et relu tout ce qui nous est parvenu des œuvres de Gaius, et j'avoue qu'il m'a été impossible de me former une opinion sur ses doctrines philosophiques. Ce qu'il dit de l'esclavage ne prouve rien, car ses idées sont celles de tous les hommes de l'antiquité, stoïciens ou épicuriens, ou autres. Il se montre certainement envers les escla-

[1] Caillemer, *Op. cit.* p. 4 et 5.

ves d'une rigueur inouïe ; il ne se prend d'aucune pitié pour ces malheureux que leurs maîtres traitent avec une atroce sévérité, et s'il approuve la Constitution d'Antonin qui oblige le maître à vendre les esclaves qui ont été maltraités outre mesure, ce n'est pas par un motif d'humanité, mais dans l'intérêt même du maître qui ne doit pas abuser de sa chose et la détériorer inutilement : *male enim nostro jure uti non debemus* ; *qui ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio.*[1]

De même, on sait que l'esclave institué héritier sien et nécessaire est obligé d'accepter bon gré mal gré cette qualité, et le maître évite ainsi l'infamie qui s'attacherait à sa mémoire si ses biens étaient vendus en masse par ses créanciers et en son nom ; c'est l'esclave affranchi qui va subir l'infamie, Gaius s'en soucie peu ; il dit bien que Fufidius avait critiqué ce résultat en faisant remarquer que l'héritier subit l'infamie sans sa faute, mais il se contente de répondre : *alio jure utimur.*[2] Gaius aurait dû soutenir l'opinion de Fufidius avec d'autant plus de fermeté, qu'elle avait été à l'origine adoptée par l'école sabinienne à laquelle il appartenait.

Dans la théorie de l'abandon noxal, Gaius ne se montre pas moins rigoureux, non plus seulement vis-à-vis des esclaves, mais même à l'égard des fils

[1] Gaius, *Commentaire* I, § 53.
[2] *Commentaire* II, § 154.

de famille : il s'efforce de justifier ce droit du père ou du maître de se libérer en abandonnant son fils ou son esclave, lorsque celui-ci a commis un fait qui a porté préjudice à autrui. [1]

Il ne faut pourtant pas exagérer l'importance de ces faits : ils sont l'expression des idées de l'époque.

Il est permis d'ajouter que Gaius appréciait peu les arts et la valeur de leurs productions. Il admet que l'écriture mise sur un parchemin appartenant à autrui soit attribuée au propriétaire du parchemin et non à l'auteur de l'écriture; mais il ne comprend pas l'opinion des jurisconsultes qui donnent une solution contraire pour le cas où un peintre a fait une œuvre d'art sur la toile d'autrui. On ne donne, dit-il, aucune raison sérieuse de cette différence et sa conclusion serait donc que le tableau devrait appartenir au propriétaire de la toile et non à l'artiste. [2]

19. — Nous avons déjà dit quelles sont les principales qualités de Gaius : la clarté et la méthode ; nous le prouverons en parlant de ses Institutes. Cujas savait surtout gré à Gaius d'avoir connu les Grecs : « *Fuit enim*, dit-il en parlant de Gaius, *hic juris auctor grammaticis familiaris propter bonarum litterarum et Homeri potissimum tractandi quæ in eo fuit peritiam summam ut nominatim*

[1] *Commentaire* IV, § 75.
[2] *Commentaire* II, § 78.

etiam quodam loco Servius scripserit apud majores omne mercimonium in permutatione constitisse ; et hoc Caium Homerico confirmare exemplo, qui Caii locus, ut puto superest in § item pretium, ff. De emptione et venditione. » Nous avons déjà dit que ce mérite n'était pas le principal, en ce sens du moins qu'il était commun à tous les jurisconsultes.

20. — Gaius se fait aussi remarquer par des connaissances juridiques très-étendues : c'était un savant dans le sens actuel du mot. Ainsi, il avait étudié quelques législations de l'Asie mineure[1] et les lois d'Athènes.[2]

Les origines du droit romain paraissent l'avoir aussi beaucoup occupé, et, contrairement aux habitudes des jurisconsultes romains qui négligeaient, en général, les études historiques, il avait plusieurs fois dirigé ses travaux vers cette branche de la science du droit. Ainsi, dans ses Institutes, le commentaire IV, § 11 et suivants, renferme l'histoire très complète des *legis actiones* qui avait pourtant cessé d'être le système général de procédure. De même, Gaius avait étudié à fond la loi des Douze Tables, comme nous le verrons plus loin; et dans un fragment de son ouvrage sur la loi des Décemvirs, inséré au Digeste par les commissaires de Justinien, il nous apprend qu'avant d'aborder cette loi, il fera une étude histori-

[1] *Cpr. com.* I. § 55 et § 193.

[2] L. 13, *finium regundorum*, 10, 1. — L. 4, *De collegiis*, 47, 22.

que sur la législation antérieure;[1] il est bien regrettable, pour nous, que cette étude n'ait pas été insérée au Digeste comme le fragment de Pomponius sur les origines du droit romain.[2]

Il est tout aussi fâcheux que le passage des Commentaires consacré aux *Gentiles*[3] n'ait pas pu être rétabli.

A chaque instant, dans ses Commentaires, par une simple et courte remarque, Gaius nous apparaît comme historien : il s'attache, comme nous venons de le dire, à remonter à la loi des Douze Tables qu'il considère comme la source du droit romain et en rappelle sommairement les dispositions, même si elles ne sont plus en vigueur. Ainsi il nous apprend que les vestales sont, d'après la loi des Douze Tables, et à raison de leur dignité, exemptes de la tutelle perpétuelle des femmes.[4] De même, il nous expose qu'à l'époque des actions de la loi, on nommait un nouveau tuteur chaque fois qu'il y avait lieu à une action entre le tuteur et la femme soumise à sa tutelle ou entre le tuteur et son pupille.[5] C'est encore là une pure indication historique, mais utile pour expliquer les changements survenus dans la suite. On admit, en effet, que la nécessité d'un tuteur *ad causam*, pour diriger l'action contre le tuteur ordinaire

[1] L. 1, *De origine juris*, 1, 2.
[2] L. 2, *De origine juris*, 1, 2.
[3] *Comm.* III, § 17.
[4] *Comm.* I, § 145.
[5] *Comm.* I, § 184.

ne serait plus nécessaire, à moins qu'il ne s'agit d'un *judicium legitimum*.

D'ailleurs, ces indications historiques ne sont pas sèchement données par notre jurisconsulte ; il s'attache à expliquer la loi ancienne, il l'approuve ou la critique. C'est ainsi qu'il relève sévèrement les iniquités de la loi des Douze Tables dans les successions *ab intestat*,[1] et qu'il tourne en ridicule le formalisme établi pour la recherche de la chose volée, recélée chez un tiers qui ne consent pas à laisser faire pratiquer une perquisition dans son domicile.[2]

21. — Gaius appartenait à l'École des Sabiniens. Il appelle toujours les grands jurisconsultes de cette secte *nostri præceptores* ; il désigne, au contraire, les Proculiens sous le nom de *diversæ scholæ auctores*.[3] Cela prouve bien encore que, de son temps, Gaius ne jouissait pas d'une grande notoriété : il ne passait pas pour un maître, mais pour un simple disciple. Aussi, il est fort rare qu'il se permette d'émettre une opinion personnelle ; il lui est bien arrivé, sans doute, de critiquer celle de ses maîtres, les Sabiniens, sur les effets de la condition impossible dans les legs (III, § 98.) ; mais il serait difficile de donner beaucoup d'exemples de cette indépendance.[4]

[1] *Comm.* II, § 25.
[2] *Comm.* III, § 193.
[3] Cpr. II, § 37, 195, 200, 218, 219, 231 ; III, § 87 et 141.
[4] Cpr. cependant : L 7, § 7, *De adquirendo rerum dominio*, 41, 1.

On pourrait être tenté de croire qu'en sa qualité de Sabinien, de disciple d'Ateius Capito, Gaius tenait essentiellement aux anciennes institutions. Il n'en est pourtant rien : il n'hésite pas à critiquer les vieilles institutions qui ne lui paraissent plus en rapport avec son époque : il attaque vivement la tutelle perpétuelle des femmes qui cessait en effet d'avoir sa raison d'être à mesure que l'organisation de la famille antique s'altérait et que les liens de l'agnation devenaient moins puissants[1] : il traite de ridicules, comme nous l'avons vu, certaines vieilles pratiques en usage pour le cas de vol ; [2] il n'attache plus aucune importance aux *sacra privata*. [3] Sous tous ces rapports, Gaius faisait preuve d'indépendance : souvent aussi en sa qualité de disciple, il reproduisait les idées de ses maîtres ; et l'on peut conclure de là, avec quelque apparence de raison, que l'école des Sabiniens, avait pourtant parfois subi l'influence des mœurs de l'époque et surtout de l'école rivale.

22. — Ce qui nous montre encore que Gaius, pendant sa vie, occupa une position médiocre

[1] *Feminas vero perfectæ ætatis in tutela esse, fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur ; nam quæ vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur, et æquum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera. Mulieres enim quæ perfectæ ætatis sunt, ipsa sibi negotia tractant ; et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam ; sæpe etiam invitus auctor fieri a prætore cogitur* (*Com.* I, § 190).

[2] *Com.* III, § 193.

[3] *Com.* II, § 53.

parmi les jurisconsultes,[1] c'est le silence que nous avons déjà signalé, de ses contemporains et même de ses successeurs immédiats, sur son compte. Dans aucun texte du Digeste, nous ne voyons son nom cité par un autre jurisconsulte : on trouve bien dans quelques fragments le nom de Gaius, mais ce nom ne se rapporte pas, comme on l'avait soutenu à tort, à l'auteur des Institutes.

Ainsi, dans la loi 2, § 44, *De origine juris*, 1, 2, Pomponius nous cite un jurisconsulte du nom de Gaius :

Ab hoc plurimi profecerunt.... : Alfenus Varus; Gaius; Aulus Ofilius ; Titus Cæsius; Aufidius Tucca; Aufidius Namusa ; Flavius Priscus ; Gaius Ateius Pacuvius ; Labeo Antistius, Labeoni Antistii pater; Cinna ; Publicius Gellius. *Ex his decem libros octo conscripserunt.*

Ce texte a beaucoup occupé les romanistes : c'est qu'en effet Pomponius nous dit qu'il vient d'énumérer les noms de dix jurisconsultes, et quand on fait le relevé, on en compte onze au lieu de dix. Les uns, comme Haloandre, ont proposé de supprimer le nom de Gaius; les autres prétendent qu'il s'agit là d'une erreur matérielle à laquelle il ne faut attacher aucune importance ; on doit reconnaître qu'en réalité Pomponius énumérait onze jurisconsultes. Mais, parmi les auteurs qui ne font aucune suppression, un certain nombre proposent de lire

[1] Voy. en sens contraire : Huschke, *Jurisp. antej.*, 1867, p. 85.

Catus au lieu de Gaius ; et ici encore, des discussions s'élèvent sur l'explication de cette erreur : pour les uns, elle aurait été commise pas les glossateurs ; mais on fait remarquer avec raison contre cette opinion, que les glossateurs ne s'occupaient pas d'études historiques ; pour les autres, il faudrait mettre l'erreur sur le compte du copiste du manuscrit de la Florentine ; mais comme cette faute se retrouve aussi dans les manuscrits de la Vulgate, d'autres l'imputent aux commissaires de Justinien eux-mêmes.

Ne pourrait-on pas lire tout simplement : Gaius Aulus Ofilius ? De cette manière on n'accuse les commissaires de Justinien d'aucune erreur, et le nombre des jurisconsultes cités se trouve réduit à dix, selon l'indication du texte.

C'est qu'en effet on ne retrouve nulle part cette mention d'un prétendu jurisconsulte Gaius qui aurait vécu du temps d'Alfenus Varus, d'Aulus Ofilius, etc., c'est-à-dire à l'époque d'Auguste.

Ce qui est certain, c'est que ce jurisconsulte n'est pas le Gaius, auteur des Institutes.

Il faut en dire autant du Gaius dont parle Pomponius dans la loi 39, *De stipulatione servorum*, 45, 3, et qu'il appelle plus particulièrement *Gaius noster* : il s'agit évidemment dans ce texte, non pas de Gaius l'auteur des Institutes, mais de Gaius Cassius Longinus. Schweppe, il est vrai, soutient le contraire : dans son opinion, le mot *noster* désigne un contemporain, *coætaneus*, et il en conclut que cette expression s'applique, dans le texte de

Pomponius, à Gaius l'auteur des Institutes.[1] Je ne puis partager cette manière de voir. Ce mot : *noster*, comme l'a très-bien remarqué M. Asher dans un article intéressant (*Gaius noster*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, de Rudorff,[2]) est toujours employé par les jurisconsultes romains pour désigner un de leurs grands maîtres.[3] Le texte de

[1] *Römische Rechtsgeschichte*, § 90.

[2] V. p. 85 et suiv.

[3] L'épithète de *noster*, appliquée à un jurisconsulte, se trouve 17 fois seulement au Digeste : Pomponius parle de Gaius *noster* dans la loi 39 dont il s'agit. De même, sur 19 fois que Paul cite Scævola, il l'appelle 9 fois *noster* (L. 27, § 2. *De pactis*. 2, 14. — L. 19, § 1. *De negotiis gestis*. 3, 5. — L. 26, § 2. *De minoribus*. 4, 4. — L. 46. *Familiæ erciscundæ*. 10, 2. — L. 56. § 3. *De jure dotium*. 23, 3. — L. 32. *De excusat*. 37, 1. — L. 38, § 3. *De vulgari et pupillari subst*. 28, 6. — L. 10, *De bon. poss. sec. tab*. 37. 2. — L. 6. § 2. *De reb. auct. jud*. 42. 55). Tryphoninus cite deux fois le même Scævola, et deux fois il l'appelle *noster* (L. 12, § 1. *De distract. pign*. 20, 5. — L. 10. *De castr. pecul*. 49, 7). On peut conclure de là que Paul et Tryphoninus étaient des disciples de Scævola, leur maître. Et, en effet, dans la L. 17, *De Lib. et post*. (28, 2), Paul dit de Scævola : « *In disputando adjiciebat*, » ce qui nous montre bien Paul assistant comme disciple aux discussions du maître. De même, dans plusieurs textes on voit des notes de Paul et de Tryphoninus sur Scævola dont ils avaient étudié les ouvrages, comme disciples (L. 13. *De Inoff. test*. 5, 2. — L. 26. *Qui et a quibus*. 40, 9. — L. 15, § 1 ; L. 16, § 2. *De alim leg*., 34, 1. — L. 109. *De condit. et demonst*. 35, 1). — Terentius Clemens invoque bien souvent l'autorité de Julianus (Cpr. L. 72. *De hæred. inst*., 28, 5. — L. 5. *De operis serv*. 7, 7. — L. 6. *De vulg. subst*., 28, 6. — L. 21. *De libertate legata*. 34, 3. — L. 62. *De condit. et demonst*. 35, 1. — L. 64. *Eod. tit*. — L. 24. *Qui et a quib. manum*. 11, 9). Et il dit même une fois aussi : *Julianus noster* (L. 6. *De vulg. subst*.. 28, 6); Julianus était donc son maî-

Pomponius est extrait, en effet, de son Enchiridion qu'il a composé, avec différents autres ouvrages, sous le règne d'Adrien. Pomponius a précédé Gaius de la durée ordinaire de la vie d'un homme. S'ils ont été tous deux contemporains, il n'est pas douteux que Gaius était au début de sa carrière quand Pomponius finissait la sienne. Dès lors, il est impossible que Pomponius, très-vieux à l'époque où Gaius écrivait ses Institutes (s'il n'était pas déjà mort), ait donné à un débutant le nom respectable de *noster*. D'ailleurs, on pourra remarquer que dans ce texte de Pomponius il s'agit de stipulations des esclaves. Or, Gaius Cassius Longinus avait beaucoup étudié cette matière : on en a la preuve en se reportant au titre même *De stipulatione servorum*. Trois fois,[1] l'autorité de Gaius Cassius Longinus est invoquée, alors que dans tout le titre *De verborum obligationibus* (45, 1.), il n'est pas cité, si ce n'est une seule fois, dans la loi 104, et encore, à propos des effets communs aux pactes et aux stipulations des esclaves.

tre (cpr. Asher, *loc cit.*). Justinien donne bien dans la suite à Gaius l'épithète de *noster*, mais c'est précisément parce que à cette époque notre jurisconsulte avait pris le premier rang. Augustin proposait une autre explication de cette épithète. Il pensait que Justinien avait ainsi qualifié Gaius parce qu'il était chrétien ou du même pays que cet empereur : *Fortasse quia Christianus fuit aut ejusdem nationis cum Justiniano. Opera omnia*, I, p. 231, *De nominibus jurisconsultorum*. Lucques, 1765. Inutile de dire que les Institutes de Gaius suffisent pour prouver que notre jurisconsulte était un païen.

[1] L. 6, L. 9, L. 39. *De stip. serv.* 45, 3.

Nous pouvons donc affirmer que quand Pomponius parle de *Gaius noster*, il a en vue, non pas l'auteur des Institutes, mais Gaius Cassius Longinus. — M. Huschke, qui avait enseigné l'opinion contraire dans la première édition de sa *Jurisprudentia antejustiniana*, s'est aussi rallié à ce système.[1]

Le silence complet des contemporains de Gaius vient bien à l'appui de deux conjectures, à savoir: que Gaius n'habitait pas Rome; qu'il n'avait pas obtenu le *jus respondendi*.

On est cependant revenu, dans ces derniers temps, sur cette question, et de savants auteurs ont prétendu établir, par des arguments nouveaux, que Gaius avait vécu et enseigné à Rome et qu'il y avait joui de la même notoriété que les autres jurisconsultes de son temps.[2] On fait remarquer que si Gaius n'a pas été cité par les autres jurisconsultes contemporains, c'est parce que tel était l'usage à cette époque. Salvius Julianus, sans doute, était cité à chaque instant, mais cela tenait à sa situation exceptionnelle et à sa qualité de rédacteur de l'édit perpétuel. L'argument ne nous paraît pas sérieux. Les jurisconsultes romains se citaient rarement, mais ils avaient coutume de faire très souvent des travaux les uns sur les autres, de s'annoter, de se commenter et les travaux de Gaius, tels que ses Institudes et ses *res quotidianæ* étaient pré-

[1] Cpr. *Jurisp. antej.* 1867, p. 85, note 7.

[2] Dernburg, *Die Institionen des Gaius*, p. 80. — Cattaneo, *Del nome di Gaio*, p. 7.

cisément de nature à provoquer des travaux de ce genre. Cependant ces travaux n'ont pas été entrepris, ni de son temps, ni après sa mort. D'autres ouvrages de Gaius auraient dû être cités dans les controverses, notamment son remarquable commentaire sur l'édit provincial ; cependant on n'en découvre nulle part la moindre allusion. N'est-ce pas encore la confirmation de notre opinion suivant laquelle Gaius vécut en province et ignoré des grands jurisconsultes de son temps.

Sans doute les jurisconsultes romains, comme nous venons de l'observer, n'avouaient pas volontiers à qui ils faisaient des emprunts, mais ils citaient souvent les maîtres pour approuver ou critiquer leurs solutions ; on en a de nombreux exemples dans les Institutes de Gaius. Si celui-ci n'a pas été à son tour cité de son temps, c'est précisément parce que les autres jurisconsultes ne l'ont pas connu. Rien de plus naturel si l'on admet qu'il passa sa vie dans l'obscurité au fond d'une province à écrire et à donner des leçons de droit, sans jouir d'aucune autorité devant les tribunaux. Si au contraire Gaius avait été illustre de son temps et avait joui d'une grande autorité en justice, l'oubli de ses contemporains deviendrait un fait qu'il serait impossible d'expliquer.

Il n'est pas étonnant que Gaius, d'une naissance probablement modeste, se soit borné à enseigner le droit sans prendre aucune part à la vie judiciaire. Le plus souvent, il est vrai, les grands jurisconsultes romains étaient en même temps de

célèbres praticiens ; mais on peut cependant en citer quelques-uns, même parmi les plus illustres, qui se sont contentés du rôle modeste de savants. Tels furent Massurius Sabinus et l'illustre Labéon lui-même.[1] A plus forte raison de tels exemples devaient-ils être suivis par ceux qui n'avaient encore obtenu aucune célébrité. C'est le cas de Gaius. Il ne semble pas qu'il ait recueilli aucun honneur, aucune dignité; il n'avait pas obtenu, ainsi que nous le verrons plus loin, le *jus respondendi* qui aurait nécessairement attiré sur lui l'attention. Ses ouvrages principaux sont tous des œuvres de savant, mais non de praticien. Il n'a composé ni *Responsa*, ni *Quæstiones*, comme l'aurait bien certainement fait un jurisconsulte honoré du *jus respondendi*. Sans doute il a écrit un *liber de casibus*, mais cet ouvrage ne renferme que des espèces fictives ou des espèces soulevées dans la pratique par d'autres jurisconsultes. Ce fait établit bien aussi que Gaius ne jouissait d'aucune autorité en justice et qu'il ne s'y présentait même pas. Sans doute, dans la suite, la loi des Citations a mis les écrits de Gaius sur la même ligne que ceux de Papinien, de Paul, d'Ulpien et de Modestin ; sans doute, plus tard encore, l'empereur Justinien placera Gaius au premier rang. Mais si ces faits établissent, comme tout le monde le reconnaît, qu'après sa mort Gaius est devenu célèbre et que sa réputation a sans cesse grandi, ils confirment en même temps que de son vivant Gaius n'était pas connu comme un grand jurisconsulte,

[1] Aulu-Gelle, XIII, 10. — L. 2, § 27. *De origine juris*, 1, 2.

§ 6

Du jus respondendi, en général (1)

23. Systèmes des anciens romanistes. — 24. Différentes opinions qui ont été proposées de nos jours, mais sans succès. — 25. Opinion à laquelle l'auteur s'arrête. — 26. Système de M. Bodin. — 27. Réfutation de ce système. — 28. Réfutation des objections qu'on a adressées à notre opinion. — 29. Indication sommaire des autres systèmes proposés de nos jours.

23. — Pour terminer cette étude sur la vie et le caractère de Gaius et avant d'arriver à ses ouvrages,

[1] Cpr. sur le *jus respondendi :*

1) Parmi les anciens romanistes : Jac. Gothofredus, *In Com. ad cod. Theod.* Lib. I, tit. 4. — Thomasius, *In nævis juris.* p. 67. — Ant. Faber, *Rationalia*, sur la L. 2, § 48, *De origine juris*, 1, 2. — Duaren, sur le titre *De origine juris*, n° 11. — Brunneman. *Ad lib.* I. tit. 2 *Pandectarum.* — Lauterbach, *Collegium theoretico practicum.* Lib. 1, tit. 2, § 6. — Hubertus, *Prælectiones ;* sur le tit. des Inst. *De jure naturali, gentium, civili*, n° 11. — Donellus, *Com. juris civ.* Lib. 1, cap. 8, n° 11. — Gérard Noodt, *Ad tit. De justitia et jure ;* cpr. : *De pactis et transactionibus*, cap. 19. — Heineccius, *Antiq. Rom.*, Lib. 1, tit. 2, § 38 et 199, et *Historia juris civilis romani*, § 178. — Pothier, *Proleg. in Pandectas, Pars prima*, cap. 4. — Bach, *Historia jurisprudentiæ romanæ.* Lib. 3, cap. 1, sect. 6. — Monographies spéciales : *Lettre de M. Etienne*

il me reste à voir si ce jurisconsulte avait obtenu le *jus respondendi?* Mais cette question en soulève

Pasquier à M. Ant. Loysel sur la partie du droit civil que l'on appelle Responsa prudentium ; Divers opuscules tirés des mémoires de M. Ant. Loysel, Paris, 1656. — J. Voorda, *Dissert. de auctoritate prudentum.* Traj. ad Rhen. 1755. — Keuffel. *Historia auctoritatis prudentum apud Romanos.* Helmst. 1767.

2) Parmi les modernes :

a En France : Berriat-Saint-Prix, *Histoire du droit romain.* 1821, p. 78. — Blondeau, *Chrestomathie,* Introduction, p. LXXXIX. — Etienne, *Inst. de Justinien traduites et expliquées.* I, p. 18. — Giraud, *Histoire du Droit romain.* p. 269 et suiv. Ortolan, *Histoire du Droit romain,* § 66, 72 et 93. — Eschbach, *Introduction générale à l'étude du Droit.* n° 122. — De Fresquet, *Traité élémentaire du Droit romain.* I, p. 82. — Mainz, *Éléments du Droit romain.* § 66. — Namur, *Cours d'Institutes.* I, § 20. — Demangeat, *Cours élémentaire de Droit romain.* I, p. 91. — Monographies : *Observations sur l'autorité des anciens jurisconsultes de Rome,* par du Caurroy de la Croix, *dans la Thémis.* II, p. 12. — Mémoire de M. Frest, couronné par l'Institut des Pays-Bas sur la question suivante : *Quænam fuere jura, auctoritas, dignitas jurisconsultorum Romanorum, inde a temporibus Cæsaris Augusti usque ad decessum Justiniani Imperatoris? Quæ eorum vis fuit, tum ad universæ reipublicæ salutem tum vero ad meliorem juris ac justitiæ administrationem?* On trouve un compte-rendu de ce mémoire dans la Thémis, VII, p. 62 et suivantes. — Holtius, *De auctoritate jurisconsultorum romanorum.* — Bodin, *Les réponses des prudents considérées comme source de Droit écrit,* dans la *Revue historique.* Année 1854. IV, p. 197 et suivantes. — Machelard, *Observations sur les responsa prudentium,* dans la *Revue de législation,* 1870-1871. — Voy. aussi : Machelard, *Dissertations de Droit romain,* p. 645 et suiv. — Bonnier, 1er appendice à l'ouvrage d'Ortolan (12e éd., II, p. 679).

b En Allemagne : Hugo (trad. française), *Histoire du Droit romain.* § 313. — Marezoll (trad. Pellat), *Précis d'un cours sur l'ensemble du droit privé des Romains.* § 26. — Savigny (trad. Guenoux). *Traité de Droit Romain.* I, § 26. — Muhlen-

elle-même une autre, non moins importante, qu'il ne sera peut-être pas hors de propos d'examiner ici, à raison de graves difficultés qu'elle a toujours présentées : c'est celle de savoir quels sont les caractères et les effets de ce *jus respondendi ?*

Il faut avant tout distinguer les opinions des anciens romanistes, de celles qui ont été émises de nos jours, depuis la découverte des Institutes de Gaius.

Avant cette découverte, toute la discussion reposait seulement sur deux textes : la loi 2, § 47, au titre *De origine juris* (1, 2), du jurisconsulte Pomponius et le § 8 aux Institutes de Justinien, au titre *De jure naturali, gentium et civili* (1, 2). A ces textes il faut joindre maintenant le § 7 du com. 1er de Gaius ; mais ce paragraphe n'a en réalité fait disparaître certaines difficultés que pour en produire de nouvelles.

Nous allons d'abord exposer les opinions des anciens romanistes ; nous ferons connaître ensuite celles qui ont été émises par les jurisconsultes modernes.

bruch, *Doctrina Pandectarum.* § 7 et 8. — Warnkœnig, *Com. juris rom.* § 16, et *Inst. juris romani privati,* § 65. — Thierbach, *Observationes de notione et indole formulæ : hoc jure utimur, in locis Institutionum, Pandectarum et Codicis obviæ.* Lips. 1819. — Gunther, *Hist. juris.* § 210. — Gans, *Scholien zum Gaius.* Berlin. 1821, p. 19. — Schrader, *Was gewinnt die römische Rechtsgeschichte durch Gaius Institutionen,* 1823, p. 36. — Schweppe, *Römische Rechtsgeschichte.* § 77. — Puchta, *Cursus Institutionen.* §§ 116 et 117. — Walter, *Geschichte des römischen Rechts.* Bonn. 1840, p. 438. — Kuntze, *Cursus des römischen Rechts.* § 312 et 313.

Quelques anciens auteurs ont pensé qu'Auguste, en créant le *jus respondendi*, en donnant à certains jurisconsultes le droit de faire aux plaideurs ou au juge des réponses officielles, et ses successeurs, en confirmant cette institution, auraient entendu reconnaître à ces réponses, force obligatoire lorsqu'elles seraient toutes dans le même sens : Adrien n'aurait fait que confirmer la règle établie par Auguste.[1]

Mais cette opinion n'était pas celle qui avait triomphé. C'est le système suivant qui avait fini par l'emporter : Auguste établit qu'on ne pourrait plus *respondere*, exercer la profession de jurisconsulte, sans une concession impériale. Du reste, ces réponses n'étaient pas obligatoires pour le juge ; elles devaient seulement être prises en grande considération. — Cet état de choses dura jusqu'à l'époque d'Adrien : cet empereur supprima le *jus respondendi* et rendit à tout le monde le droit de donner des réponses : tel est le sens du rescrit adressé par ce prince à des *viri prætorii* et dont Pomponius nous a conservé le texte dans la loi 2, § 47 (*De origine juris*. 1, 2). — On avait objecté aux partisans de ce système que Justinien, dans la Const. *De concept. Dig.* § 4, avait ordonné de ne puiser des matériaux pour la confection du Digeste, que dans les ouvrages des jurisconsultes *quibus*

[1] En ce sens : Lauterbach, *Collegium theoretico practicum*. Lib. 1, tit. 2, § 6. — Brunneman, *ad tit.* 2. *Lib.* 1[us] *Pandectarum*.

auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes præbuerunt. Or, la plupart des jurisconsultes dont on trouve des fragments au Digeste, vécurent depuis Adrien. Mais quelques auteurs répondaient à cette objection que si le *jus respondendi* avait été supprimé par Adrien, il avait été presque immédiatement rétabli.

Les partisans du premier système objectaient aussi que le § 8 des Inst. au titre *De jure naturali, gentium et civili*, supposait bien que les réponses étaient obligatoires : *Quorum omnium sententiæ et opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judici recedere a responsis eorum non liceret, ut est constitutum.* Toutefois, dans ce second système, on entendait tout autrement ce passage des Institutes : on disait qu'il se rapportait aux écrits des jurisconsultes qui avaient obtenu force de loi d'après la constitution de Théodose, connue de nos jours sous le nom de *Loi des Citations.*[1] Mais il restait alors une difficulté à résoudre : la loi des Citations, en confirmant les écrits de cinq jurisconsultes seulement (Papinien, Paul, Gaius, Ulpien et Modestin), ajoutait que, dans le cas où les avis seraient différents, la majorité l'emporterait et qu'en cas de partage, l'opinion de Papinien triompherait. Tout cela était bien difficile à concilier avec le *Quorum omnium* de Justinien qui semble bien exiger l'unanimité et non pas la simple majorité. Cependant

[1] Const. 3. C. Th. *De responsis prudentium*, 1, 4.

on disait que, par ces mots, Justinien avait eu en vue la simple majorité, que *quorum omnium* était synonyme de *plurimorum*, et cette explication avait satisfait tout le monde.[1]

24. — Depuis la découverte des Institutes de Gaius, cette interprétation est abandonnée. Le § 7 du com. 1er a, en effet, jeté un nouveau jour sur la question. Il porte :

Responsa prudentium sunt sententiæ et opiniones eorum quibus permissum est jura condere: quorum omnium si in unum sententiæ concurrant, id quod ita sentiunt legis vicem obtinet; si vero dissentiunt, judici licet quam velit sententiam sequi, idque rescripto divi Hadriani significatur.

En présence de ce texte, il est bien certain que Justinien n'avait nullement en vue, dans le § 8 du titre *De jure naturali*, la loi des Citations; il voulait reproduire ce que disait déjà Gaius, qui écrivait longtemps avant la constitution de Théodose.

Mais alors, comment expliquer et concilier les trois textes que nous possédons sur le *Jus respon-*

[1] Cp. en ce sens : Duaren, sur le tit. *De origine juris*, n° 11. — Ant. Faber, *Ration.* sur L. 2, § 48. *De origine juris.* — Hubertus, *Prælectiones*, sur le § 11 du tit. de *Jure naturali*, des Instit. — Donellus, *Com. de jure civili.* Lib. 1, cap. 8, § 11. — Vinnius, sur le § 11 des Instit. — Noodt, *At tit. De justitia et jure :* cpr. : *De pactis et transactionibus.* cap. 19. — Pothier, *Proleg. in Pand., Prima pars*, cap. 4. — Bach, *Historia juris romani.* Lib. 3, cap. 2, sect. 5, § 2. — Heineccius, *Antiq. rom.* Lib. 6. tit. 2, § 38 et 199 ; cpr. : *Hist. juris civilis rom.* § 178.

dendi, le § 8, J. *De jure naturali ;* § 7, com. 1er de Gaius ; et L. 2, § 47. *De origine juris ?*

On peut écarter de suite différents systèmes assez extravagants et qui n'ont eu aucun retentissement, comme par exemple celui de Blastares, suivant lequel Auguste aurait permis à tout jurisconsulte des espèces de lois ou de propositions législatives.[1]

D'après Etienne,[2] Auguste donna force obligatoire aux réponses des jurisconsultes officiels ; plus tard, Adrien abolit ce privilège, mais il établit en même temps que les réponses des jurisconsultes seraient obligatoires pour les questions sur lesquelles ils se trouvaient tous d'accord. — Cette opinion est évidemment contraire à nos trois textes : on n'y voit aucune trace de cette singulière innovation d'Adrien ; de plus, il résulte bien nettement de la L. 2, § 47, *De origine juris*, qu'Auguste ne déclara pas obligatoires les réponses des jurisconsultes officiels : il voulut seulement qu'on leur donnât une plus grande autorité qu'aux autres : *Primus Divus Augustus*, nous dit Pomponius, *ut major juris auctoritas haberetur constituit ut ex auctoritate ejus responderent.*

D'autres auteurs [3] ont pensé qu'Auguste avait organisé un conseil composé de jurisconsultes éminents et chargés de donner, en son nom, des

[1] *Civilitisches Magazin*, II, p. 471. — Cpr. Hugo, § 513, note 3.

[2] *Inst. de Justinien, traduites et expliquées*, I, § 18.

[3] Cpr. Muhlenbruch, *Doct. Pand*, § 8.

réponses obligatoires; Adrien aurait, dans la suite, confirmé cette institution, en exigeant, toutefois, l'unanimité des membres du conseil pour que le juge fût enchaîné. Mais aucun texte ne parle d'un conseil qui aurait eu des attributions aussi importantes : il n'en est pas dit un mot dans nos trois textes, et les historiens gardent sur ce point le même silence que les jurisconsultes. Sans doute, l'Empereur s'entourait d'un conseil, *auditorium*, mais tout le monde sait que ce conseil donnait de simples avis.[1] Cette opinion est donc tout à fait arbitraire.[2]

Il faut en dire autant du système mis en avant par M. Frets dans un mémoire couronné par l'Institut royal des Pays-Bas.[3] D'après cet auteur, l'empereur Auguste aurait reconnu force obligatoire aux réponses des jurisconsultes revêtus d'une sorte d'investiture impériale. Adrien aurait ensuite été plus loin, en décidant que ces jurisconsultes

[1] Cpr. : Haubold, *De consist. princip. Rom.*

[2] M. Blondeau dit aussi que l'existence d'un conseil impérial de jurisconsultes, rendant des décisions obligatoires, paraît bien résulter du texte de Gaius ; mais pourtant cette solution lui paraît bien dificile à admettre ; et alors il se demande si ce passage de Gaius n'a pas été intercalé par un copiste postérieur aux Constitutions de Constantin et de Valentinien ; il le voudrait bien, mais « cependant ce passage ne s'accorde pas assez bien avec les Constitutions dont il s'agit, pour qu'on ne soit pas disposé à y voir autre chose qu'un extrait de ces mêmes Constitutions. » En définitive, M. Blondeau ne se décide pas (*Chrestomathie.* Introd. p. LXXXIX).

[3] Cpr. : Un compte rendu dans la Thémis, VII, p. 62 et suiv.

formeraient désormais des conseils d'assesseurs établis auprès des magistrats. C'est de ces conseils qu'entend parler Gaius quand il dit : *Quorum omnium.* Cela nous explique aussi comment, d'après la loi 2, *Quod quisque juris*, 2, 2, le magistrat n'est pas responsable des fautes de l'assesseur : c'est parce qu'il est tenu de prendre l'avis du conseil et de s'y conformer.

Cette explication n'a convaincu personne : elle est d'abord contraire au texte des Institutes de Gaius ; car elle suppose des assesseurs du magistrat, et le texte de Justinien parle, au contraire, de *prudentes* consultés pour éclairer le juge. D'un autre côté, il est certain que les assesseurs avaient seulement voix consultative ; et leurs avis ne pouvaient être considérés comme une source du droit, puisqu'ils n'étaient pas obligatoires. Aussi les textes de notre matière n'ont rien de commun avec l'explication proposée par M. Frets.

L'opinion de M. Ducaurroy présente quelques analogies avec la précédente, mais pour ce qui concerne l'époque d'Adrien seulement. D'après le savant professeur, l'établissement du *jus respondendi* par Auguste, eut pour objet de réglementer l'exercice de la profession de jurisconsulte : il fut désormais défendu de répondre quand on n'avait pas obtenu une concession de l'empereur. Mais les réponses de ces jurisconsultes officiels n'eurent aucune force obligatoire ; l'empereur ne pouvait pas donner l'autorité législative, alors qu'il osait à peine l'exercer lui-même. — Toute cette explica-

tion est en désaccord complet avec le texte de Pomponius. Quant à l'empereur Adrien, il aurait, d'après M. Ducaurroy, introduit deux innovations, l'une serait la suppression du *jus respondendi*, par le rescrit adressé aux *viri prætorii* (L. 2, § 47. *De orig. juris.* 1, 2) ; l'autre, la création d'un conseil de jurisconsultes, chargé de donner aux juges des avis qui avaient force loi en cas d'unanimité des membres de ce conseil ; ce fut l'objet du second rescrit dont nous parlent les Institutes de Gaius.[1]

25. — Toutes ces opinions, mal assises, n'ont obtenu aucun succès dans la science. Il en est une toutefois qui, jusque dans ces derniers temps, et sauf quelques nuances pour les détails, a été professée par un grand nombre d'auteurs ; elle consiste à rapporter les trois textes de notre matière aux réponses des jurisconsultes et à en conclure qu'Auguste créa une classe de jurisconsultes privilégiés à côté des jurisconsultes ordinaires, et dont les réponses obtenaient ainsi une plus grande autorité ; qu'Adrien, complétant l'œuvre d'Auguste, donna force obligatoire aux réponses de ces jurisconsultes officiels en cas d'unanimité.

Cette opinion a été vivement attaquée par M. Bodin qui a mis en avant un système tout nouveau.[2] Malgré la gravité des arguments présentés

[1] Cpr. : Ducaurroy, *Obs. sur l'autorité des anciens jurisconsultes de Rome.* Thémis, II, p. 12. — Voy. aussi ses *Institutes expliquées,* sur le § 8 du titre *De jure naturali, gentium et civili.*

[2] *Revue historique,* IV, p. 197 et suiv.

par M. Bodin, il me semble qu'il vaut encore mieux s'en tenir à l'opinion jusqu'alors dominante : c'est, en définitive, ce système qui se concilie le plus avec l'ensemble des textes.

Pour exposer cette opinion, à laquelle je m'arrête, il est nécessaire de jeter d'abord un coup d'œil rapide et rétrospectif sur le rôle des jurisconsultes à l'époque de la République : c'est le moyen de bien comprendre le sens et la portée de l'innovation d'Auguste.

Sous la République, l'exercice de la profession de jurisconsulte fut toujours complètement libre et les hommes les plus considérables, soit par la naissance, soit par leurs services rendus à l'Etat donnaient des consultations aux plaideurs. Ainsi les prudents avaient acquis une autorité considérable dans la République ; et la jurisprudence, en particulier, leur devait tous ses développements ; déjà à cette époque, les magistrats et les juges s'entouraient de jurisconsultes qui les éclairaient de leurs conseils ; ces conseils se donnaient sous la forme de réponses.

Cette influence considérable des jurisconsultes portait ombrage aux hommes d'Etat. Elle était parfois insupportable à Cicéron, et nous avons vu que dans certaines circonstances, le grand orateur ne se faisait pas faute de tourner les jurisconsultes en ridicule ; il lui arrivait de dire que la jurisprudence était la seconde science d'un homme d'Etat. [1]

[1] Cpr. Cicero, *Pro Murena.* n° 12.

On sait que la popularité des jurisconsultes ne portait pas moins ombrage à César : il voulait les rendre inutiles et les faire disparaître en réunissant toutes les lois en un code net et précis : *jus civile ad certum modum redigere, atque ex immensa diffusaque legum copia optima quæque et necessaria in paucissimos conferre libros.*[1] Plus tard, et toujours pour le même motif, Caligula jura l'extermination des jurisconsultes : *de juris quoque consultis quasi scientiæ eorum omnem usum aboliturus, sæpe jactavit se mehercule effecturum, ne qui respondere possint, præter eum.*[2]

Auguste n'aimait pas davantage les jurisconsultes : il pouvait craindre, avec raison, que leur influence ne mît des entraves à la consolidation de son œuvre. Cependant il était trop habile pour attaquer directement des hommes aussi considérables, soutenus du peuple, représentants d'une science éminemment nationale. Il accepta l'autorité des jurisconsultes comme une nécessité ; mais il s'efforça de la concilier avec le nouvel état de choses et de la faire dépendre du pouvoir impérial.[3] C'est dans ce but qu'il créa le *jus respondendi :* il donna à certains jurisconsultes le droit de faire des réponses en son nom. Jusqu'à cette époque, tous les jurisconsultes avaient pu répondre ; Auguste ne porta pas atteinte à cet état de choses :

[1] Suétone, *César.* n° 44.
[2] Suétone, *Caligula.* n° 34.
[3] Cpr. Giraud, *Hist. du Droit romain.* I. p. 269 et 270. — Puchta, *Inst.* § 116.

il désigna seulement quelques jurisconsultes qui furent censés répondre en son nom et dont les décisions jouirent ainsi d'une plus grande autorité devant les juges.

Pomponius, L. 2, § 47, *De orig. juris.* I. 2.... : *et ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi jus non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant consulentibus respondebant. Neque responsa utique signata dabant, sed plerumque judicibus ipsi scribebant, aut testabantur, qui illos consulebant. Primus Divus Augustus,* ut major juris auctoritas haberetur, *constituit, ut ex auctoritate ejus responderent.....*

Il me semble qu'il résulte de ce passage : qu'Auguste donna plus d'autorité aux réponses des jurisconsultes officiels sans les rendre obligatoires ; et qu'en accordant à certains jurisconsultes le droit de répondre en son nom, il ne voulut nullement retirer aux autres l'exercice de cette profession. Beaucoup d'auteurs ont sans doute pensé que, dès le règne d'Auguste, les réponses des prudents officiels avaient été obligatoires ; d'autres ont même admis que l'exercice de la profession de jurisconsulte avait été interdite à tous ceux qui n'avaient pas obtenu le *jus respondendi ;* mais ni l'une ni l'autre de ces solutions ne résulte du texte de Pomponius ; de plus, en prenant ce point de départ, on ne voit plus quel aurait pu être le sens des innovations que Gaius attribue à Adrien.[1]

[1] *Com.* I, § 7.

Si, comme nous l'apprend Gaius, cet empereur a établi, le premier, que les réponses des prudents seraient obligatoires, c'est que sous Auguste elles ne produisaient pas encore cet effet. Enfin, des innovations aussi considérables me paraissent tout à fait contraires à la politique habile d'Auguste ; elles auraient nécessairement froissé outre mesure ceux qui n'auraient pas obtenu le *jus respondendi*.

Pour établir la force obligatoire des réponses des prudents, on a invoqué un seul texte.[1] C'est une lettre de Sénèque (lettre 94) dans laquelle ce philosophe nous donne comme exemple d'une sentence qu'on peut rendre sans preuve et sans conviction personnelle, celle qui repose sur l'autorité des jurisconsultes : *quomodo jurisconsultorum valent responsa, etiamsi ratio non redditur.* Mais il est évident que ce texte s'explique très-bien aussi avec notre opinion ; du moment que la réponse émane de jurisconsultes patentés par l'empereur lui-même, le juge peut dégager sa responsabilité, en se soumettant à leur solution.

Il y eut donc à partir d'Auguste deux classes de jurisconsultes : ceux qui avaient obtenu de l'empereur le *jus respondendi*, et ceux auxquels ce bénéfice n'avait pas été concédé. Tous commençaient même par faire partie de cette dernière classe ; mais, ce qui prouve bien que ces jurisconsultes non officiels pouvaient, eux aussi, donner des ré-

[1] Puchta, *Loc. cit.*

ponses, c'est que Nerva, le fils, commença à répondre dès l'âge de dix-sept ans : *Qua ætate (decem et septem annorum) aut paulo majore fertur Nerva filius et publice de jure responditasse.*[1] Or, il est bien certain que Nerva n'avait pu, si jeune encore, obtenir le *jus respondendi*.

Ces réponses des jurisconsultes ordinaires n'avaient certainement pas la même autorité : elles se trouvaient sans grand effet quand des réponses officielles venaient les contredire. Aussi prit-on l'habitude, à partir de cette époque, d'appeler *juris auctores*, *hujus scholæ auctores* les jurisconsultes d'une école qui avaient obtenu le *jus respondendi* ; on réserva le nom de *veteres* aux anciens jurisconsultes du temps de la République.[2]

Les réponses des jurisconsultes officiels furent soumises à certaines formes : on exigea, pour empêcher les faux, qu'elles fussent données par écrit et fermées par un cachet [3] Walter a pensé qu'en parlant de *signata responsa*, le jurisconsulte romain avait voulu dire qu'on apposait sur l'écrit contenant la réponse, une sorte de cachet public ; mais Puchta fait remarquer, avec raison, qu'il y a erreur de sa part, car les Romains ne connaissaient pas cette manière de se servir du cachet.[4]

[1] L. 1, § 3, *De postul.* 3, 1.
[2] Cp. Dirksen, *Beitræge*, 1825, p. 159 et suiv.
[3] L. 2, § 47. *De orig. juris*, 1. 2.
[4] Il paraît même que les prudents, à l'exemple du préteur dans la formule qu'il délivrait aux plaideurs, du juge dans la sentence qu'il rendait, avaient adopté certaines formules

L'organisation du *jus respondendi* fut complétée par Tibère et surtout par Adrien. Nous possédons deux rescrits d'Adrien à cet égard. Le premier nous est rapporté par Pomponius. Le jurisconsulte, après nous avoir dit qu'Auguste établit : *ut ex auctoritate ejus responderent,* continue :

Et ex illo tempore peti hoc pro beneficio cœpit; et ideo optimus princeps Hadrianus, quum ab eo viri prætorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit iis : hoc non peti sed præstari solere; et ideo si quis fiduciam sui haberet, delectari si populo ad respondendum se preparent.

La réponse d'Adrien, dans ce rescrit, doit avoir été bien habilement faite ; car si elle a été comprise de ceux à qui elle était destinée, au contraire, les jurisconsultes modernes n'ont pas encore pu découvrir la pensée précise de l'empereur romain. Suivant un grand nombre d'auteurs, Adrien aurait, par ce rescrit, aboli purement et simplement le *jus respondendi* et rétabli l'ancien état de choses : tel est notamment l'avis de M. Bodin. « Les institutions nouvelles, dit le savant auteur,[1] ayant poussé de profondes racines dans les mœurs, le motif politi-

pour exprimer leurs conclusions affirmatives ou négatives sur les questions qui leur étaient soumises. C'est à ces formules qu'il est fait allusion dans les vers de Pétrone :

Quisquis habet nummos secura naviget unda ;
.....
Jurisconsultus paret, non paret *habeto.*
Atque esto quidquid Servius et Labeo.
(Satyricon. 137).

[1] *Revue historique,* IV, p. 197 et suiv.

que qui avait principalement inspiré le fondateur de l'empire, n'existait plus » ; et, ajoute-t-il, « *le rescrit est en vérité trop clair* » pour se prêter à une autre interprétation.

Cependant cette interprétation n'est pas à l'abri de toute objection : toute personne qui lira le texte de Pomponius, sans idée préconçue, sera bien obligée de reconnaître que le rescrit d'Adrien est, au contraire, présenté comme ayant confirmé l'innovation d'Auguste. Il serait bien étonnant qu'après avoir parlé de l'établissement du *jus respondendi* par Auguste, Pomponius ait ajouté : « *et* ideo *optimus Princeps Hadrianus* » et reliq., pour dire qu'Adrien avait aboli l'œuvre de son prédécesseur. Cette interprétation est tout à fait forcée : il est bien plus naturel d'admettre que la réponse contenue dans le rescrit d'Adrien, et qui va suivre, sera conforme à l'innovation d'Auguste.

Aussi, M. Demangeat voit, dans le rescrit d'Adrien, la confirmation du *jus respondendi*. D'après cet éminent magistrat, Adrien, dans ce rescrit, répond d'une manière sévère et presque impolie à ces *viri prætorii* ; ces solliciteurs s'imaginaient qu'en leur qualité d'anciens magistrats, il leur suffisait, pour obtenir le *jus respondendi*, de le demander, et Adrien, irrité de leur orgueilleuse prétention aurait répondu : « Ce n'est pas une chose qu'il suffit de demander ; il faut l'obtenir. Si l'un de vous a confiance en lui-même, je serai heureux de le voir se préparer à répondre au peuple. »

Mais la rédaction de ce rescrit est si peu claire, malgré l'opinion contraire de M. Bodin, que Puchta a découvert une exquise politesse là où M. Demangeat voit une réponse un peu malhonnête. Suivant Puchta, en effet, à la demande de *viri prætorii* qui réclamaient le *jus respondendi*, l'empereur Adrien aurait répondu dans notre rescrit avec une grande délicatesse, en disant qu'en réalité ce *jus respondendi* est moins une faveur accordée par l'empereur aux jurisconsultes, qu'un service rendu par les jurisconsultes à leurs concitoyens. Comme ce rescrit, continue Puchta, rend hommage au talent et à l'utilité des jurisconsultes, Pomponius ne manque pas de le rappeler pour le faire passer à la postérité ; mais personne n'a jamais vu, dans cette réponse, une émancipation des jurisconsultes et le rétablissement de l'ancien état de choses. [1]

Schweppe [2] propose encore une autre explication : Adrien aurait établi par ce rescrit, qu'à l'avenir les *viri prætorii*, à raison de leur valeur personnelle, prouvée par les fonctions qu'ils avaient exercées, auraient de plein droit le *jus respondendi* et qu'une concession spéciale ne leur serait plus nécessaire. [3]

En présence de l'obscurité de ce rescrit, je recon-

[1] Puchta, *Inst.* § 116.

[2] *Römische Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer.* § 77.

[3] Schweppe ajoute, et sous ce rapport je ne puis partager son opinion, que, dans la suite, on n'exigea pas non plus une concesssion de la part des jurisconsultes qui s'étaient rendus célèbres, et notamment de ceux qui appartenaient à l'*auditorium*. Cette conjecture est tout à fait arbitraire.

nais que toutes les interprétations sont vraisemblables. Une seule me paraît inadmissible : c'est celle qui voit dans ce rescrit la suppression du *jus respondendi*, car je le répète, elle est absolument contraire à l'enchaînement des idées, à la structure de la phrase, en un mot, à l'ensemble du texte. D'ailleurs, un auteur qui vivait à la fin du quatrième ou au commencement du cinquième siècle, Eunapius, dans sa vie de Chrysanthius, parle d'un certain Innocentius qui, probablement sous le règne de Dioclétien, avait obtenu le *jus respondendi*, la νομοθετικὴ δυναμις.

Mais on risquait d'encourir le même reproche de forcer le sens du texte, si l'on voulait soutenir, en sens contraire, que par ce rescrit Adrien a rendu obligatoires pour le juge, en cas d'unanimité, les réponses des jurisconsultes officiels qui avaient seulement joui jusqu'alors d'une haute autorité. A mon avis, le rescrit d'Adrien, rapporté par Pomponius, renferme les trois idées suivantes : Il n'est pas nécessaire de demander le *jus respondendi* pour l'obtenir ; l'empereur sait l'accorder d'office à ceux qui en sont dignes ; commencez par exercer la profession de jurisconsulte si vous avez assez confiance en vous. Ainsi interprété, ce rescrit prend bien la forme ironique de l'esprit de l'empereur Adrien signalée par Spartien. [1]

[1] Dans la Vulgate, le texte de Pomponius porte *delectari se*. Cette forme paraît trop ironique à M. Bonnier et lui rappelle la fable de la Cigale et de la Fourmi, *vous dansiez, j'en suis fort aise*. En effet, certaines éditions, notamment celle des

Le rescrit d'Adrien, qui a complété l'œuvre d'Auguste et modifié le *jus respondendi* est celui dont nous parle Gaius dans son com. I, § 7:

Responsa prudentium sunt sententiæ *et opiniones eorum quibus permissum est jura condere; quorum omnium si in unum* sententiæ *concurrant, id quod ita* sentiunt, *legis vicem obtinet; si vero dissentiunt, judici licet quam velit sententiam sequi, idque rescripto divi Hadriani significatur.*

Ce texte est confirmé par le § 8, *De jure naturali, gentium et civili,* aux Institutes de Justinien. Nous aurons occasion d'y revenir en examinant le système proposé par M. Bodin.

En un mot, dans notre opinion, le *jus respondendi* établi par Auguste, fut confirmé par Adrien qui déclara obligatoires les réponses des jurisconsultes officiels. Ce système est, en définitive, celui qui explique les textes de la façon la plus simple. Il nous faut toutefois répondre maintenant aux objections qu'on lui a adressées; nous allons le faire en examinant l'opinion de M. Bodin.

26. — Nous savons que, d'après cet auteur, le *jus respondendi* fut supprimé par Adrien dans le rescrit adressé aux *viri prætorii*. Aussi, interprète-t-il le § 7 du com. I de Gaius et le § 8, J. *De jure naturali,* d'une manière tout à fait originale.[1]

frères Krielgel, portent *delectari si populo ad respondendum se prepararent.* L'édition de Mommsen faite d'après la Florentine porte : *delectari* se, si etc.

[1] Cette interprétation se rapproche beaucoup de celle qu'a

Gaius et Justinien, par ces expressions *responsa prudentium*, entendent désigner les écrits des jurisconsultes morts. En effet, après la mort d'un jurisconsulte qui avait obtenu une grande autorité pendant sa vie, ses écrits continuaient souvent à être cités devant les tribunaux; et alors, au bout d'un certain temps, plus ou moins long, l'empereur, par ses constitutions impériales, reconnaissait force de loi à ces ouvrages; à partir de ce moment aussi, ces écrits, qui avaient jusqu'alors fait partie de la coutume, devenaient une source du droit écrit.

Sans doute, nous n'avons pas conservé tous les textes qui ont consacré l'autorité de certains écrits; mais on retrouve pourtant au code Théodosien, trois constitutions remarquables. Les deux premières sont de Constantin ; l'une, de l'an 321, déclare qu'elle enlève toute autorité aux notes d'Ulpien et de Paul sur Papinien; il résulte de là qu'avant cette époque, ces notes avaient obtenu force obligatoire, et que cette force obligatoire leur avait été donnée par une constitution impériale, puisqu'il faut une décision de l'empereur pour la leur retirer (Const. 2. *Eod. tit.*). Quand à la troisième constitution, c'est la fameuse loi des Citations (Const. 3, *Eod. tit.*). Elle n'a pas eu pour objet, suivant M. Bodin, de donner pour la première fois

proposée Puchta. Elle a été admise par M. Demangeat. Ainsi, ces trois auteurs expliquent à peu près de la même manière ces deux textes, tout en professant sur le *jus respondendi* des systèmes différents.

force obligatoire aux écrits de Papinien, Paul, Gaius, Ulpien, Modestin, mais de remanier la législation d'Adrien, dont les Institutes de Gaius nous ont révélé l'existence. Les écrits de jurisconsultes qui avaient obtenu force de loi étaient devenus si considérables, qu'il était impossible de les consulter tous : la loi des Citations a eu pour objet de remédier à cet inconvénient.

Enfin cette force obligatoire des écrits des jurisconsultes, résulte encore de la const. *Deo auctore*, § 4 et de la const. *Tanta*, § 20.

27. — Tel est le système de M. Bodin.

L'explication qu'il donne des textes de Gaius et de Justinien (§ 7 du com. I. — § 8 du tit. *De jure naturali*), nous paraît aussi forcée que celle qu'il propose pour le rescrit d'Adrien adressé aux *viri prætorii*. En effet, d'après le savant auteur, Gaius, dans le § 7, parle :

a) D'écrits,
b) De jurisconsultes morts,
c) Confirmés ensuite par des constitutions impériales,

Or, je demande si l'on peut trouver dans tout le texte un seul mot sur lequel repose un de ces trois points qui, tous trois, sont essentiels. Si Gaius a voulu exprimer la pensée que lui attribue M. Bodin, il faut reconnaître que ce jurisconsulte, toujours si remarquable par sa clarté, s'est couvert d'une obscurité digne d'un jurisconsulte de la décadence. Comment? Il nous parle des réponses des

prudents (*responsa prudentium*) et il ne se donne pas la peine de nous dire qu'il prend ce mot dans un sens tout particulier pour désigner certains écrits de jurisconsultes.

Mais M. Bodin va encore plus loin : il pense que depuis Auguste l'usage s'est introduit de rendre certains écrits de jurisconsultes obligatoires par décision impériale; il précise même et soutient qu'une constitution a été rendue dans ce but pour les ouvrages de Proculus.[1] Tout cela me paraît bien extraordinaire. Si cet état de choses existait avant Adrien, alors, sous quel rapport cet empereur a-t-il innové, par le rescrit dont nous parle Gaius? D'un autre côté, comment se fait-il que Pomponius ne nous dise rien de cette habitude? Il semble que dans la suite de son étude, si remarquable d'ailleurs, M. Bodin oublie de plus en plus l'existence du texte de Pomponius. Il est impossible que Pomponius, si minutieux dans tous ses renseignements, ait pu omettre de nous faire connaître les ouvrages qui, jusqu'à son époque, auraient obtenu force de loi. Enfin le mot *responsa* aurait donc été de suite détourné de son sens naturel et au lieu de désigner une consultation, se serait appliqué à des écrits? Les seules constitutions impériales rendues à propos d'ouvrages de jurisconsultes et que l'on puisse citer, sont des années 321 et 327; elles sont postérieures à Adrien de deux siècles (117 à 138) et à Auguste de trois

[1] *Op. cit.*, p. 206.

siècles. Comment le code Théodosien, n'aurait-il pas inséré des constitutions antérieures à Constantin, s'il en avait été rendu sur ce sujet ?

D'ailleurs, la const. 1. C. Th. *De responsis prudentium* 1, 4, retrouvée comme la const. 2, par Clossius,[1] ne nous paraît pas aussi absolue qu'on veut bien le dire. Elle porte :

Perpetuas prudentium contentiones eruere cupientes, Ulpiani ac Pauli in Papinianum notas, qui, dum ingenii laudem sectantur, non tam corrigere eum, quam depravare maluerint, aboleri præcipimus.

Il ne résulte nullement de ce texte qu'auparavant les notes d'Ulpien et de Paul avaient obtenu force obligatoire, mais qu'au contraire les jurisconsultes discutaient sur l'autorité de ces notes et que, pour mettre un terme à toute difficulté, l'empereur déclara qu'elles n'auraient plus aucune valeur.

Cela nous montre bien, d'un autre côté, de quelle manière s'est introduite peu à peu l'autorité des écrits. Les ouvrages des jurisconsultes, surtout ceux des jurisconsultes officiels, ont toujours joui d'une grande renommée et exercé une influence considérable sur les développements du droit. Il ne pouvait en être autrement : l'autorité des écrits était la conséquence de l'autorité des réponses. Si

[1] Cp. *Theodosiani codices gemini fragmenta ex membranis bibliothecæ Ambrosianæ medionalensis nunc primum edidit Waltherus Fridericus Clossius.* Tubing. 1824, p. 35.

les réponses d'un jurisconsulte pouvaient avoir force de loi dans telle circonstance, comment ses écrits n'auraient-ils pas profité de cette influence considérable? Aussi, nous reconnaissons parfaitement que les écrits des jurisconsultes avaient une grande importance, qu'ils étaient cités, même après leur mort, devant les magistrats et devant les juges; mais qu'ils aient eu force de loi depuis Auguste, ou même depuis Adrien, c'est ce que nous contestons formellement. On ne peut, en effet, citer de textes précis sur la force obligatoire des écrits de certains jurisconsultes qu'à partir de Constantin. A cette époque, à mesure que la décadence du droit était plus prononcée, il devenait difficile de trouver des jurisconsultes assez savants pour obtenir, au moyen du *jus respondendi*, une autorité égale à celle de leurs prédécesseurs; on se souciait d'autant moins de les consulter, qu'on possédait les écrits d'auteurs éminents. L'usage s'introduisit, de plus en plus, de citer ces écrits devant les magistrats ou les juges; l'autorité des anciens jurisconsultes grandissait par leurs ouvrages, et les empereurs, confirmant une tendance naturelle de l'époque, donnèrent force de loi à certains écrits, dans le double but de parer à l'insuffisance des jurisconsultes contemporains et de limiter le nombre des auteurs que l'on avait pris l'habitude d'invoquer. Nous admettons volontiers que, déjà avant Constantin, les écrits des grands jurisconsultes ont, en fait, joui d'une sorte d'autorité législative et qu'ensuite les empereurs ont consacré

en droit ce qui existait déjà en fait ; c'est ainsi que s'effectuent graduellement presque toutes les évolutions historiques. On peut même ajouter, avec M. de Savigny, que le *jus respondendi* disparut peu à peu, à mesure que la vie se retira de la science du droit. Les jurisconsultes d'un véritable mérite devenant tous les jours plus rares, ce privilège, concentré en quelques mains, aurait exercé sur la jurisprudence une influence fâcheuse, et alors, on cessa d'accorder le *jus respondendi* ; on préféra faire revivre les écrits d'anciens jurisconsultes en leur confiant l'autorité législative. [1] Ce fut là un résultat nécessaire, une conséquence de la décadence du droit.

Ainsi, pour nous, le *jus respondendi* a seul existé pendant plusieurs siècles. On en retrouve les traces jusque sous le règne de Dioclétien ; mais à mesure que la jurisprudence entrait dans son déclin, l'autorité des anciens écrits tendait à se substituer aux réponses des prudents ; enfin, sous les empereurs chrétiens, des constitutions impériales donnèrent force obligatoire aux écrits de certains jurisconsultes. Mais cette autorité législative était inconnue au temps de Pomponius et de Gaius, et sous Justinien, elle fut formellement abrogée par la confection du Digeste. Cela nous explique comment il se fait qu'il ne soit parlé de cette autorité des écrits ni dans les Institutes de Gaius, ni dans

[1] Cpr. : Savigny, *Traité du droit romain* § 26, tome I, p. 151 de la traduction Guenoux.

celles de Justinien : à l'époque de Gaius, elle n'existait pas encore ; du temps de Justinien, elle ne pouvait plus exister.

28. — Il nous reste, pour terminer cette longue discussion, à examiner quelques objections qui ont été adressées à notre système et qui n'ont pas encore pu être étudiées. Ainsi, suivant M. Bodin, il serait bizarre qu'Auguste ait eu la pensée de faire décider les questions de droit dans les procès, non par les juges, mais par des jurisconsultes, et surtout qu'il ait, par ce moyen, aliéné à son détriment le pouvoir législatif : ce procédé serait contraire à la politique impériale et même à toute organisation régulière.

Cependant il faut reconnaître que dans notre système, le juge n'est lié par les réponses des jurisconsultes, que depuis Adrien, et encore à la condition que toutes ces réponses soient unanimes ; dans le cas contraire, le juge recouvre son entière indépendance. Mais il paraît assez juste que sur une question de droit, l'unanimité de jurisconsultes officiels l'emporte sur l'avis d'un homme qui, sans être étranger à la jurisprudence, n'en a pourtant pas fait une étude spéciale.

Il n'est pas étonnant non plus, qu'Auguste et ses successeurs aient concédé une certaine autorité aux jurisconsultes, car, cette autorité, en définitive, émanait du pouvoir impérial et, par cela même, détruisait le caractère politique des jurisconsultes, si dangereux pour l'empire. Les empe-

reurs ne s'en réservaient pas moins le droit de donner eux-mêmes des réponses et les nombreux rescrits que nous possédons, nous montrent bien qu'ils usaient largement de ce droit ; on ne voit pas pour quelle raison la concession du *jus respondendi* aurait entraîné de leur part, aliénation du pouvoir législatif.

On a dit aussi que l'organisation du *jus respondendi*, telle que nous la concevons, est impraticable. Comment constater l'unanimité des jurisconsultes officiels, condition nécessaire depuis Adrien, pour que leurs réponses aient force de loi? « Fallait-il, dit M. Bodin, dans chaque procès, consulter tous les jurisconsultes autorisés? Les impossibilités sautent aux yeux ! Se contentait-on de l'unanimité des jurisconsultes consultés en fait? Alors quel nombre devait-on consulter ? Deux jurisconsultes pouvaient-ils à eux seuls *jura condere* ? »

Je réponds d'abord qu'on ne voit pas pour quelle raison il serait plus difficile de consulter tous les jurisconsultes vivants et jouissant du *jus respondendi* que de recourir aux écrits de tous les jurisconsultes morts auxquels avaient été concédée la *permissio jura condendi* ! Le nombre de ces écrits devint si considérable, qu'il finit certainement par être plus facile de s'adresser aux jurisconsultes officiels de l'époque, lesquels étaient, par la force même des choses, d'un nombre assez limité. Qu'il ait été ou non nécessaire de s'adresser à tous les urisconsultes officiels, c'est un point qu'on ne

peut préciser. Gaius a-t-il entendu parler de l'unanimité de tous les jurisconsultes officiels ou seulement de ceux qui avaient été consultés? La question est discutée ; mais ce qui est certain, c'est que le nombre des jurisconsultes consultés était toujours respectable ; car, si l'une des parties avait invoqué des *responsa* émanées de deux ou trois jurisconsultes seulement, l'autre plaideur n'aurait pas manqué d'en conclure que l'unanimité n'existait pas entre les prudents et il serait allé leur demander, à son tour, une réponse pour l'opposer à son adversaire ; d'un autre côté, les réponses pouvaient être provoquées aussi par le juge, comme cela résulte nettement du texte de Pomponius.[1] L'intérêt même des plaideurs et l'impartialité du juge sont de sûrs garants qu'on ne se contentait jamais de consulter un nombre insuffisant de prudents.

En résumé, la condition d'unanimité exigée par Adrien et invoquée par M. Bodin en faveur de son système, est tout aussi difficile à réaliser pour les jurisconsultes morts que pour les vivants. Il est probable qu'en fait, on consultait plus ou moins de jurisconsultes, suivant l'importance ou la dif-

[1] Schrader (*Was gewinnt die römische Rechtsgeschichte durch Gaius Institutionen*, 1823, p. 36), pense que le juge était obligé d'aller demander lui-même les *responsa* aux jurisconsultes, et qu'alors, depuis Adrien, il était lié en cas d'unanimité (*quorum omnium* : *Gaius*, I, § 7), des jurisconsultes qu'il avait consultés. Il résulte cependant de la loi 2, § 47, de Pomponius, au titre de *origine juris*, que les jurisconsultes pouvaient être consultés soit par les juges, soit par les parties et que, dans tous les cas, ces consultations étaient purement facultatives.

ficulté de l'affaire ; s'ils étaient unanimes, le juge était lié ; dans le cas contraire, il reprenait sa liberté.

M. Bodin nous présente encore une objection qu'il puise dans la const. *Deo auctore* § 4, où Justinien nous apprend qu'il a ordonné à Tribonien de faire des extraits seulement dans les écrits des jurisconsultes *quibus auctoritatem conscribendarum et interpretandarum legum sacratissimi principes præbuerunt*. Il ne peut être question dans ce texte, dit-on, de jurisconsultes ayant le *jus respondendi*, dans le sens généralement admis, car, comme Tribonien n'a emprunté des extraits qu'à trente-neuf jurisconsultes, il faudrait en conclure que le nombre des jurisconsultes qui ont obtenu le *jus respondendi* en cinq siècles, n'a pas dépassé trente-neuf.

La réponse est facile : on suppose, bien gratuitement, que tous les jurisconsultes ayant le *jus respondendi* écrivaient nécessairement des ouvrages de droit ; mais, il est bien clair qu'au contraire, c'était là une exception et qu'un grand nombre de ceux qui ont joui du *jus respondendi*, n'ont pas écrit ou n'ont pas laissé d'ouvrages notables.[1]

Il est au contraire très remarquable que, sous

[1] Les jurisconsultes romains se distinguaient eux-mêmes en plusieurs classes ; il y avait des étoiles de première et des étoiles de seconde grandeur et Modestin appelle ceux qui appartenaient à la première catégorie des coryphées. L. 13, § 2, *De excusationibus*, 27, 1 : *coryphæi legum prudentium*.

Justinien, on possédât encore les ouvrages de trente-neuf jurisconsultes, écrits à Rome plusieurs siècles auparavant.

Enfin, on peut encore objecter qu'avec notre système on ne voit pas comment les réponses des prudents peuvent être classées par Justinien parmi les sources du droit écrit, ni surtout comment elles ont pu passer du droit non écrit dans le droit écrit, car Pomponius les range, en effet, parmi les sources du droit non écrit. Cependant la contradiction n'est qu'apparente.

Si Pomponius avait entendu par droit écrit, le droit *couché par écrit*, il aurait certainement classé les réponses dans les sources du *jus scriptum*, car depuis Auguste, les réponses étaient données par écrit, closes et scellées, comme nous l'avons vu (L. 2, § 47. *De origine juris*, 1, 2.). Mais il faut entendre par droit écrit, celui qui émane directement de tout pouvoir qui peut faire la loi : tel est le sens ordinaire de cette expression. Aussi Pomponius range les réponses des prudents parmi les sources du droit non écrit, parce qu'à son époque, antérieure au rescrit d'Adrien, elles n'étaient pas encore obligatoires ;[1] au contraire, il est évident que depuis le rescrit d'Adrien qui les a rendues obligatoires, elles ont constitué une source du droit écrit ; aussi, le texte de Justinien a soin de les faire rentrer dans cette branche des sources du droit. Quant à Gaius, on ne peut, *a priori*, dire

[1] L. 2, § 5 et 12, *De origine juris*, 1, 2.

qu'il classe les réponses des prudents, soit dans le droit écrit, soit dans le droit non écrit, car il ne fait pas cette distinction : il se borne à énumérer les sources du droit. Mais, en y regardant de près, on ne tarde pas à reconnaître que, dans son énumération, il n'est question que des sources du droit écrit : les lois, les plébiscites, les sénatus-consultes, les constitutions impériales, les édits des magistrats. Il ne dit rien des sources du droit non écrit, et il est bien certain que s'il y avait pensé, il n'aurait pas manqué d'indiquer la coutume. C'est donc qu'il fait aussi rentrer les réponses des jurisconsultes dans les sources du droit écrit; il semble même que Gaius procède, dans son énumération, suivant l'ordre chronologique et qu'il mentionne les réponses des prudents à la fin du texte, précisément parce qu'elles sont la dernière source du droit écrit : elles n'existent avec ce caractère que depuis le règne d'Adrien.

29. — L'opinion que je viens de soutenir est indiquée par Hugo ;[1] Warnkœnig ;[2] Marezoll ;[3] Mackeldey ;[4] Eschbach ;[5] Ortolan ;[6] De Fresquet ;[7]

[1] *Hist. du droit romain*, II, § 313.
[2] *Institutiones juris romani privati*, § 65.
[3] *Droit privé des Romains*, § 26.
[4] *Manuel du droit romain*, § 43.
[5] *Introduction générale à l'étude du droit*, n° 122.
[6] *Hist. du droit romain*, nos 344 et 369.
[7] *Traité élémentaire de droit romain*, I, p. 82.

Namur;[1] Accarias;[2] Flach;[3] Cuq;[4] Machelard;[5] Bonnier.[6] — MM. Gans,[7] Savigny,[8] et Giraud,[9] enseignent la même doctrine, sauf une modification : ils pensent que les réponses des jurisconsultes officiels furent obligatoires dès le règne d'Auguste. — M. Mainz éprouve de l'hésitation : il ne sait si les réponses des jurisconsultes officiels étaient obligatoires ou jouissaient seulement d'une grande autorité, mais il affirme qu'Adrien a simplement renouvelé ce qui avait déjà été établi par Auguste.[10] — Schweppe ne détermine pas non plus quelle était l'autorité des réponses, mais son opinion se sépare de la doctrine ordinaire en ce qu'elle admet qu'à partir d'Adrien, le *jus respondendi* fut toujours conféré de plein droit aux hommes éminents, sans qu'une concession spéciale fût exigée à leur profit.[11] — Walter, prenant le contre-pied de ce système, décide qu'une concession impériale

[1] *Cours d'Institutes*, I, § 20.

[2] *Précis de droit romain*, 3e éd., tome I, p. 56 et suiv.

[3] *De l'enseignement du droit chez les Romains*, p. 62 et suiv.

[4] *Mémoire sur le consilium principis*, dans les *Mémoires présentés par divers savants à l'Académie des inscriptions et belles-lettres*, 1re série, tome IX, p. 336.

[5] *Observations sur les responsa prudentium*, dans le recueil de ses *dissertations*, p. 645 et suiv.

[6] Appendice I au Livre V de l'*Explication historique des Instituts* par Ortolan (12e éd., II, p. 679 et suiv.)

[7] *Scholien zum Gaius*, p. 19.

[8] *Traité de droit romain*, § 26, tom. 1er, p. 151 de la traduction Guenoux.

[9] *Hist. du droit romain*, 269 à 273.

[10] *Eléments de droit romain*, § 66.

[11] *Römische Rechtsgeschichte*, § 77.

est, depuis le siècle d'Auguste, toujours nécessaire à ceux qui veulent *respondere*.[1] — Puchta professe une opinion très curieuse qu'il a, du reste, parfaitement développée : pour lui, la concession du *jus respondendi* a rendu obligatoires devant les tribunaux, non seulement les réponses proprement dites, mais encore les écrits des jurisconsultes auxquels ce bénéfice a été accordé ; aussi il prend les mots *responsa prudentium*, qui se trouvent aux Institutes de Gaius et de Justinien, dans un sens très large, et comme embrassant les réponses et les écrits des jurisconsultes officiels.[2] Cette opinion vient d'être adoptée purement et simplement par Bethmann-Hollweg.[3] — M. Demangeat,[4] enseigne une théorie qui se rapproche de celle de M. Bodin, sauf qu'il n'admet pas qu'Adrien ait aboli le *jus respondendi*. Il distingue, dès lors, la *permissio jura condendi* du *jus respondendi* ; l'une est la concession de l'autorité législative aux écrits de certains jurisconsultes morts ; l'autre est la concession du droit de *respondere*. Le texte des Institutes de Gaius, d'après le savant auteur, parlerait de la *permissio jura condendi*, qui aurait été, sinon établie, du moins réglementée par Adrien. On peut adresser plusieurs objections à cette théorie : comment se fait-il d'abord que cette

[1] *Geschichte des römischen Rechts*. Bonn. 1840, p. 438.
[2] *Cursus Institutionen*, I, § 116 et 117.
[3] *Das Civilprocess des gemeinen Rechts*. II, § 68, p. 82, Bonn. 1865.
[4] Dans son *Traité élémentaire de droit romain*, p. 95.

distinction si précise ne soit indiquée par aucun de nos textes? Comment se fait-il encore que Pomponius, mentionnant les innovations d'Adrien, ne dise pas un mot de cette *permissio jura condendi*, si importante? Et, d'un autre côté, comment Gaius a-t-il pu omettre complètement le *jus respondendi*? On voit qu'avec ce système, Gaius et Pomponius oublient chacun la moitié de l'institution impériale : l'un omet le *jus respondendi*, et l'autre, la *permissio jura condendi*. De plus, on est obligé de soutenir, dans cette opinion, que les rédacteurs des Institutes « ont amalgamé, c'est M. Demangeat lui-même qui l'écrit, de la façon la plus bizarre ce que Pomponius avait dit du *jus publice respondendi* avec ce que Gaius avait dit de la force législative donnée quelquefois aux écrits d'un jurisconsulte défunt. » Mais cela me paraît fort grave ; il serait difficile d'admettre que Justinien ait commis des erreurs sur le *jus respondendi*; il semble, au contraire, d'après ses constitutions, qu'à son époque on connaissait encore d'une manière très précise le sens et la portée de cet ancien privilège impérial (cpr. Const. *Deo auctore*, § 54. — Const. *Tanta*, § 20).

Il n'est pas inutile d'ajouter, en terminant, que l'empereur Adrien modifia l'organisation du *Consilium principis*. Pour écarter tout soupçon de partialité, en faveur des Sabiniens et des Proculiens, il appela à son conseil les chefs des deux écoles, Salvius Julianus et Juventius Celsius ;[1] le

[1] Spartien, chap. XVIII.

conseil fut chargé de préparer des rescrits impériaux qui tranchaient des difficultés de droit. Avant cet empereur, les rescrits n'avaient jamais eu cet objet ni cette importance : tantôt ils étaient adressés à des particuliers auxquels ils conféraient des privilèges ; tantôt ils étaient envoyés à des magistrats pour leur donner des instructions administratives. C'est sous Adrien qu'apparaissent, pour la première fois, les rescrits qui tranchent des questions de droit et par le moyen de ces décisions que préparait le conseil, l'empereur pouvait assurer, dans une certaine mesure, l'unité de jurisprudence. L'influence des jurisconsultes était donc singulièrement accrue, d'abord par la part que prenaient quelques-uns d'entre eux dans la confection des rescrits en qualité de membres du conseil d'Etat, ensuite par la réorganisation du *jus respondendi*.

§ 7.

Gaius avait-il obtenu le jus respondendi ?

30. Affirmative enseignée par MM. Huschke et Caillemer.— 31. Négative Arguments de M. Asher. — 32. Solution proposée.

30. — Cette question ne peut se présenter dans le système de ceux qui pensent, comme M. Bodin, que le *jus respondendi* a été abrogé par Adrien. Mais les partisans des différentes autres opinions, émises sur le *jus respondendi*, peuvent très bien se demander si Gaius avait obtenu ce privilège impérial.

Il existe sur ce point une ardente controverse.

M. Huschke,[1] s'exprime en ces termes :

Præterea ingenium Græcum prodit quod Gaius, quamvis et ipse de jure respondendi ex auctoritate principis, ab imperatore nactus esse dubitari non debeat, doctrinæ ac libros scribendo quam foro et respondendo se dare maluit.

Ainsi, d'après le savant professeur allemand, Gaius avait le *jus respondendi*, mais en réalité, il n'en usait pas, préférant consacrer sa vie à l'en-

[1] *Jurisprudentiæ antejustinianæ quæ supersunt.*

seignement et à la composition d'ouvrages de droit.

Telle est aussi l'opinion de M. Caillemer.[1]

L'argument qu'invoquent M. Huschke et, après lui, M. Caillemer, est certainement très sérieux : ils s'appuient sur l'ordre formel donné par Justinien à ses commissaires de ne composer le recueil des Pandectes qu'à l'aide de fragments empruntés à des jurisconsultes qui avaient obtenu le droit de faire des lois. « *Jubemus igitur vobis, antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes præbuerunt, libros ad jus Romanum pertinentes et legere et elimare, ut ex his omnis materia colligatur, nulla, secundum quod possibile est, neque similitudine, neque discordia derelicta, sed ex his hoc colligi, quod unum pro omnibus sufficiat. Quia autem et alii libros ad jus pertinentes scripserunt, quorum scripturæ nullis auctoribus receptæ nec unitatæ sunt, neque nos eorum volumina nostram inquietare dignamur sanctionem.* »[2] Justinien renouvelle le même ordre dans la Const. *Tanta*[3] et dans la Const. *Dedit nobis*, § 20. Si les compilateurs de Justinien ont inséré un aussi grand nom-

[1] *Note sur Gaius*, p. 8. M. Bonnier pense aussi que Gaius a obtenu le *jus respondendi ;* mais il ajoute qu'il en a fait peu d'usage. D'ailleurs M. Bonnier ne donne aucun argument à l'appui de sa solution (appendice 1er à l'*explication historique des Institutes*, 12e édit., II, p. 682, note).

[2] Const. 1, § 4, *De vetere jure enucleando*, 1, 17.

[3] Const. 2, § 20, *De vetere jure enucleando*, 1, 17.

bre de fragments de Gaius, c'est qu'une décision impériale lui avait accordé le *jus respondendi ex auctoritate principis.*

31. — Cependant, je préfère l'opinion contraire : Gaius n'a pas obtenu le *jus respondendi.*[1] Cette concession impériale suppose, de la part de ceux qui l'obtiennent, une certaine notoriété parmi leurs contemporains. Or, Gaius était à peu près inconnu de son temps : c'était un obscur jurisconsulte, passant sa vie à écrire et à donner des leçons de droit, comme le reconnaît M. Huschke. Le *jus respondendi* aurait mis notre jurisconsulte en relief. Il aurait aussi pris, dans ses écrits, l'allure et le ton d'un maître de la science. Au contraire, dans ses œuvres, Gaius adopte le style d'un disciple, rapportant les opinions de ses maîtres ; il dit toujours dans ses Institutes : *nostri præceptores*..... D'ailleurs, parmi les travaux si nombreux de Gaius, on ne voit pas de *responsa*, de *quæstiones*. Il a, sans doute, composé un *Liber de casibus* où il a réuni un certain nombre de solutions curieuses ; mais, comme nous l'avons vu, la plupart reposent sur des cas fictifs, et celles qui se sont présentées en pratique ne lui ont pas été soumises : elles ont été empruntées à d'autres jurisconsultes. Il suffit de se reporter aux lois 9, *De religiosis* (11, 7) et 3,

[1] C'est aussi l'avis de Puchta (*Cursus Institutionen*, § 99), et de M. Asher (*Gaius noster*, dans la *Zeitschrift* de Rudorff, V. p. 84 et suiv.).

De litigiosis (44, 6,) pour se convaincre que Gaius s'exprime tout à fait comme un jurisconsulte qui ne jouit d'aucune autorité devant les tribunaux. C'est seulement après la mort de Gaius que sa réputation s'est faite, mais lentement.

On peut expliquer de plusieurs manières l'insertion des textes de Gaius au Digeste. Ainsi, certains auteurs ont soutenu que les compilateurs n'avaient pas rigoureusement observé l'ordre de l'empereur : ils auraient fait une exception pour Gaius. — Cette explication ne me paraît pas heureuse.

M. Asher, privat-docent à Heidelberg, en a donné une autre beaucoup plus ingénieuse :[1] il fait remarquer que dans trois passages où Justinien cite notre jurisconsulte il l'appelle toujours Gaius *noster*.[2] Si l'on rapproche de ces textes la loi 39, *De stipul. serv*, 45, 3, on voit que dans cette loi le jurisconsulte Pomponius parle aussi d'un Gaius *noster*. Ce Gaius, cité par Pomponius, n'est pas certainement l'auteur des Institutes, mais Gaius Cassius Longinus. Toutefois, Justinien et les commissaires de cet empereur ont cru à tort que ces expressions de Pomponius se rapportaient à l'auteur des Institutes ; de là, l'expression si fréquente de Justinien, qui, pour imiter Pomponius, dit toujours : Gaius *noster*. Et comme cette épithète était

[1] Cpr. *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* de Rudorff, V, p. 85.

[2] Const. *in nomine Domini*, § 6. — § 6. Inst. *De publicis judiciis*, 4, 18. — Const. *omn. reipub.*, § 1.

réservée aux grands maîtres, Justinien et ses commissaires ont pensé que Gaius avait obtenu le *jus respondendi*. Ainsi, les commissaires de Justinien, commettant la même erreur que leur maître, et induits dans cette erreur par un texte de Pomponius, auraient inséré les fragments de Gaius dans leur compilation parce qu'ils croyaient, de bonne foi, que ce jurisconsulte avait reçu le *jus respondendi* par une concession impériale.

32. — Cette explication n'est pourtant pas à l'abri de tout reproche : il paraît difficile d'admettre que, déjà à l'époque de Justinien, on avait perdu toute trace de la vie de Gaius. Mais la célébrité de ce jurisconsulte était devenue si grande, que Justinien pouvait bien dire, sans songer au texte de Pomponius : Gaius *noster;* et, d'un autre côté, il n'est pas nécessaire, même en refusant à Gaius le *jus respondendi*, de supposer que les compilateurs de Justinien aient inséré ses fragments au Digeste par suite d'une erreur. Les écrits de Gaius n'avaient-ils pas obtenu force de loi depuis la loi des Citations? Gaius n'était-il pas, depuis cette époque, un des jurisconsultes *quibus auctoritatem conscribendarum legum sacratissimi imperatores præbuerunt?* [1] Dès lors, en empruntant des textes

[1] On ne saurait d'ailleurs, à notre avis, refuser à Gaius le *jus respondendi* par ce motif qu'il vivait en province. Sans doute, le plus souvent, cet avantage était accordé à des jurisconsultes établis à Rome, mais on ne voit pas pour quel motif l'empereur n'aurait pas pu le concéder aussi à des juriscon-

à Gaius, les commissaires de Justinien sont restés dans les termes de l'ordre de l'empereur. — Cette explication me paraît à la fois la plus simple et la plus naturelle.

sultes provinciaux. Fronton nous parle formellement d'un jurisconsulte provincial qui exerçait le *jus respondendi* : « *Plurimi sunt in senatu cirtenses clarissimi viri : et habemus virum consularem jus publice respondentem.* » (Fronto, *Epist. ad amic.*, II, 10). Ce qui est certain, c'est qu'un empereur n'aurait pas songé à conférer le *jus respondendi* à un jurisconsulte qui vivait obscurément en province.

§ 8.

Les Institutes de Gaius.

33. A quelle époque ont été écrites les Institutes ? — 34. Ont-elles paru en livraisons successives ? — 35. Divisions des Institutes : en titres, dans le manuscrit de Vérone ; en paragraphes, dans les éditions modernes. — 36. Ordre des matières. — 37. Premier commentaire. — 38. Second commentaire. — 39. Troisième et quatrième commentaires. — 40. Gaius fait-il rentrer les obligations parmi les *res* ou parmi les *actiones* ? — 41. Qualités et défauts des Institutes.— 42. Autres ouvrages élémentaires de droit. Imitations des Institutes de Gaius. — 43. Pourquoi Gaius a appelé les quatre parties de ses Institutes des *commentaires*. — 44. Les Institutes de Gaius sont-elles le cours que lisait ce jurisconsulte ? — 45. Suite et réfutation — 46. Destinée des Institutes de Gaius en Orient et en Occident. — 47. Les Institutes de Gaius et les barbares ; leur abrégé dans le Bréviaire d'Alaric ; ont-elles été utilisées par le rédacteur du Papien ? — 48. Les Institutes de Gaius en Orient. — 49. Les Institutes de Gaius en Occident, au moyen-âge. — 59. Petrus Jacobus de Ravani a-t-il connu, comme il le prétend, le texte original des Institutes de Gaius ?

33. — Les Institutes de Gaius forment, sans contredit, son œuvre la plus remarquable ; aussi est-il nécessaire de leur consacrer quelques développements.

Les jurisconsultes modernes ne sont pas complètement d'accord sur le point de savoir à quelle époque furent composées les Institutes. Il existe deux opinions bien distinctes. Suivant les uns, les quatre commentaires des Institutes auraient été composés sous le règne de Marc-Aurèle : on s'ap-

puie sur ce que dans ses Institutes Gaius donne le nom de *Divus* ou de *Pius* à Antonin,[1] et l'on ajoute que si dans d'autres passages il ne l'appelle pas ainsi, cela ne prouve rien, parce qu'il arrive parfois que les jurisconsultes mentionnent un empereur déjà mort sans le qualifier pourtant de *Divus*.[2]

Dans un second système, on soutient que la fin du second commentaire, les troisième et quatrième commentaires datent bien du règne de Marc-Aurèle ; mais que le premier commentaire et le commencement du second ont été écrits sous le règne d'Antonin.[3] C'est cette dernière opinion que je préfère. S'il est vrai de dire que parfois les jurisconsultes romains, et Gaius lui-même, refusent à certains empereurs décédés le nom de *Divus*, cependant il faut reconnaître que cette omission est fort rare : ainsi, Gaius cite deux fois Adrien sans l'appeler *Divus* dans les Institutes[4], mais dans une foule d'autres passages du même ouvrage, il lui prodigue plus de vingt fois le nom de *Divus*;[5]

[1] Cpr. *Com.* II, § 195.

[2] *Com.* I, § 47 ; II, § 57. En ce sens : Schweppe, *Römische Rechtsgeschichte*, § 90. — Puchta, *Cursus Institutionen*, I, § 99. — De Fresquet, *Traité élémentaire du droit romain*, I, p. 25. — Fitting, *Ueber das Alter der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis auf Alexander*, p. 21.

[3] Cpr. Ortolan, *Hist. de la législation romaine*, 12e éd., p. 313. — Huschke, *De Gaio ejusque scriptis;* dans sa *Jurisp. antej.*, p. 95. — Caillemer, *Note pour la biographie du jurisconsulte Gaius*, p. 9.

[4] *Com.* I, § 47 ; II, § 57.

[5] *Com.* I, § 30, 55, 73, 77, 80, 81, 84, 92, 93, 94, 115a ; II, 143, 163, 221, 280, 285, 287 ; III, 73, 121, 122.

il donne toujours ce nom à Claude, à Vespasien, à Trajan[1]. Si nous voulons maintenant voir comment Gaius parle d'Antonin, nous sommes frappé de cette circonstance, que dans un certain nombre de paragraphes, qui tous précèdent le § 195 du commentaire II, il cite Antonin sans le qualifier jamais de *Divus*;[2] il dit même dans le § 126, com. II : *sed nuper imperator Antoninus*, ce qui prouve bien qu'Antonin vivait encore au moment où Gaius écrivait ces lignes. Au contraire, un peu plus loin, dans le § 195 du même commentaire, Gaius dit, et pour la première fois : *sed hodie ex divi Pii Antonini constitutione*. Ces lignes étaient certainement écrites quelque temps après la mort d'Antonin et alors que cet empereur venait d'être déclaré *Divus* par le Sénat.

34. — Nous rappellerons que dans les Institutes de Gaius ne se rencontrent pas un certain nombre de constitutions de l'empereur Marc-Aurèle : il est donc probable que Gaius ne les connaissait pas.[3]

De tout ce qui précède, il résulte que les Institutes de Gaius ont été écrites à la fin du règne d'An-

[1] *Com.* I, 62 et 85; III, 72.

[2] Voy. *Com.* I, § 53. Ce même texte se trouve au Digeste : L. I, § 2, *De his qui sui vel alieni juris sunt*, 6 ; mais les compilateurs de Justinien ont eu le soin d'ajouter au nom d'Antonin celui de *Divus*. Voy. encore *Com.* I, § 74, 102 ; II, 120, 126.

[3] Voy. plus haut, — cpr. Gaius. *Com.* II, § 178 et Ulpien. *Règles* XXII, § 34.

tonin et dans les premières années du règne de Marc-Aurèle.

Huschke a aussi voulu conclure de ce que Gaius appelle Antonin *Divus Pius*, seulement à partir du § 195, com. II, que les Institutes de ce jurisconsulte n'avaient pas été publiées en une seule fois, mais pour ainsi dire par livraisons successives. M. Caillemer admet la même solution, mais s'appuyant surtout sur ce que ces Institutes renferment des redites [1]; cependant ni l'une ni l'autre de ces considérations ne me paraît assez décisive pour que je me prononce en faveur de cette conjecture.

35. — Les Institutes de Gaius se divisent en quatre commentaires. Déjà, avant la découverte du manuscrit de Vérone, alors que l'on possédait seulement un abrégé des Institutes de Gaius, réduites en deux livres dans le Bréviaire d'Alaric, tous les jurisconsultes admettaient que les Institutes se composaient de quatre livres dans leur texte primitif. [2] Wielingius seul avait pensé que les Institutes de Gaius ne formaient que deux commentaires : il s'appuyait sur la const. *Omnem* § 1, où il est dit que les étudiants de première année apprenaient six livres, les Institutes de Gaius et quatre *libri singulares* du même auteur. Cet argument avait paru bien fragile [3] et la découverte du

[1] *Com.* II, § 232 et *Com.* III, § 100;— *Com.* II, § 35, 47, et *Com.* III, § 85, 87.

[2] Cpr. Bach, *Hist. juris rom.* Lib. 3, cap. 2, sect. 5, § 15, note *n*.

[3] Cpr. Conradi, *Parerg.* I, 7, p. 147.

manuscrit de Vérone en a, en effet, établi l'inexactitude.[1]

On s'est demandé pour quelle raison Gaius avait divisé ses Institutes en quatre commentaires. Suivant Huschke, cela tient à ce que les Romains avaient l'habitude de partager l'année en deux semestres pour les études de droit;[2] chaque commentaire aurait ainsi fait l'objet d'un semestre et l'explication complète des Institutes aurait duré deux ans.

Les différents commentaires se subdivisent en titres ; mais quand on se reporte aux éditions modernes qui indiquent cette division, on ne tarde pas à remarquer : qu'au commencement les titres se pressent, qu'ensuite on n'en trouve plus pendant un certain temps ; qu'ils reparaissent un peu dans la théorie des testaments ; puis qu'ils disparaissent de nouveau jusqu'à la fin du quatrième commentaire.[3] Il est impossible d'admettre que Gaius ait

[1] De nos jours, Schweppe (*op. cit.*, § 90), a conjecturé que dans le principe les Institutes de Gaius se divisaient seulement en trois commentaires ; mais il ne cite aucun argument à l'appui de sa conjecture.

[2] Cpr. L. 2, § 47. *De orig. juris*, 1, 2.

[3] Voici les rubriques de tous les titres que l'on trouve dans le manuscrit de Vérone : *De jure gentium et civili* (I, § 1); *De juris divisione* (I, § 8); *De conditione hominum* (I, § 9); *De Dediticiis vel lege Ælia Sentia* (I, § 13); *De peregrinis dediticiis* (I, § 14); *De manumissione vel causæ probatione* (I, § 18); *De recuperatoribus* (I, § 20); *Quibus modis Latini ad civitatem romanam perveniant* (I, § 28). Après avoir ainsi rencontré un certain nombre de titres jusqu'au § 28 du *com.* I, il faut aller jusqu'au § 80 du com. II pour en découvrir encore quelques-uns : *De pupillis. — An aliqui a se alienare possunt*

composé ses titres avec une pareille négligence. On ne peut expliquer cette bizarrerie qu'en supposant une faute imputable au copiste, auteur du manuscrit de Vérone, lequel avait omis un assez grand nombre de titres. D'un autre côté, ces titres sont si rapprochés les uns des autres qu'ils me paraissent avoir formé, dans l'intention de Gaius, en réalité, plutôt des sommaires pour l'utilité des étudiants.

Quoi qu'il en soit, on ne s'occupe plus de nos jours de cette division, d'autant plus que les éditeurs modernes ont introduit, dans le but de faciliter les recherches, une série de paragraphes pour chaque commentaire.

26. — L'ordre des matières est l'œuvre exclusive de Gaius.[1] Le jurisconsulte commence par indiquer les deux grandes branches du droit : *Jus civile* et *Jus gentium*, et il fait connaître les sources du droit romain (*leges*, *plebiscita*, *senatusconsulta*, *constitutiones principum*, *edicta*, *responsa prudentium*).

Ces préliminaires établis, il ramène le droit à

(II, § 30); *De testamentis militum* (II, § 109); *De substitutionibus* (II, § 174); *Ad legem Falcidiam* (II, § 224); *De inutiliter relictis legatis* (II, § 229).

[1] Cpr. sur le plan des Institutes : Wieling, *jurisp. rest., ind. Alphab.*, p. LXXV. — Hugo, *Civ. Magazin*, II, 3, no 16. — Gunther, *Hist. jurisp.*, § 254. — Göschen, *Ueber die Anzahl der Bücher, in welche die Institutionen des Gaius abgetheilt waren.* — Schweppe, *op. cit.*, § 90. — Puchta, *op. cit.*, § 99.

trois termes : *ad personas*, *ad res*, *ad actiones* (I, § 8) ; c'est la base de tout son ouvrage. On a dit, surtout en Allemagne, que cette division n'est pas bonne. Sans avoir la prétention de la soutenir envers et contre tous, je ferai pourtant observer que Gaius a eu le rare mérite d'inventer un système nouveau ; car il est réellement l'auteur de cette division bien supérieure à toutes celles qui avaient été suivies jusqu'alors[1] et susceptible de renfermer, dans un ensemble généralement logique, toutes les différentes branches du droit civil. Aussi cette division a-t-elle été toujours reproduite depuis cette époque. Les jurisconsultes allemands en ont imaginé une autre, admise par tout le monde de l'autre côté du Rhin, mais qui, en définitive, présente le seul avantage de défigurer l'aspect général du droit romain et de bouleverser l'ordre des matières tel qu'il nous est présenté par les textes.

37. — Gaius s'occupe d'abord des personnes : c'est l'objet du premier commentaire. Il parle des différentes classes de personnes : libres ou esclaves, et à ce propos, il traite des affranchissements ; — *sui juris* ou *alieni juris* (*in potestate*, *in manu*, *in mancipio*), ce qui l'amène à parler des différentes manières de devenir *sui juris*, et de passer

[1] Il n'est pas douteux, par exemple, que ce plan est préférable à celui de Sabinus (cpr. Gothofredus, *In quatuor fontibus Sabiniarum ordo, series*), à celui des Douze Tables, à celui de l'édit prétorien.

d'une classe dans une autre ; — personne en tutelle ou hors de tutelle. C'est avec raison qu'on a reproché à Gaius de ne pas s'occuper de la théorie des différents *status* et même de ne pas parler des actes juridiques qui concernent les personnes, si ce n'est d'une manière incidente, quand cela est nécessaire, pour l'explication de la division des personnes.

38. — Le second commentaire paraît comprendre, dans l'idée de Gaius, trois parties.

La première partie est consacrée (§ 1 à 17), à la division des choses (*divini* ou *humani juris*), et la seconde aux modes d'acquérir les choses ainsi qu'aux différents droits qui les concernent. Sous ce dernier rapport, Gaius divise les choses en *res corporales* et *incorporales* ; au point de vue de l'acquisition et de la translation, Gaius distingue les choses en *res mancipi* et *res nec mancipi*. A ce propos, il parle des modes d'acquérir à titre particulier, il traite même les modes du droit civil avant ceux du droit des gens (§ 18 à 97). Dans l'explication des modes d'acquérir du droit civil se trouvent enclavées les servitudes ; c'est là un défaut de méthode évident. Quant aux hypothèques, elles sont complètement omises, probablement parce qu'elles se constituent par simple pacte et ne nécessitent l'emploi d'aucun mode d'acquérir.

La troisième partie, qui commence au § 98, est consacrée aux acquisitions à titre universel.

39. — Le commentaire III continue jusqu'au § 88, l'examen de ces modes d'acquérir *per universitatem*. Le reste du commentaire III est relatif à la théorie des obligations. Gaius étudie les différentes sources des obligations (§ 88 à 162), et leurs modes d'extinction (§ 168 à 181), mais il ne s'occupe des obligations qui naissent *ex delicto*, qu'en dernier lieu, comme si les modes d'extinction ne les concernaient pas (§ 183 à 225). On remarquera que dans cette théorie des obligations, Gaius dit peu de chose des contrats qui se forment *re* ou *consensu*, tandis qu'il développe très longuement la théorie des stipulations. Comment expliquer ce contraste, alors surtout que les stipulations n'ont pas dans la pratique par elles-mêmes, d'existence propre ? Sur ce point, Gaius s'est borné à suivre l'usage général des jurisconsultes romains qui expliquaient toute la théorie des obligations à propos des stipulations et Justinien a lui-même conservé cette méthode dans la suite. D'un autre côté, les contrats *verbis* devaient cependant présenter un grand intérêt pratique par suite de l'habitude très répandue de convertir les autres contrats en stipulations et aussi parce que, dans tous les cas où les parties voulaient donner à une convention la forme d'un contrat, si ce contrat n'était pas reconnu parmi ceux qui se formaient *re* ou *consensu* ou *litteris*, on recourait à la stipulation.

Dans le quatrième commentaire, Gaius traite la théorie des actions. Après en avoir donné la division (§ 1 à 10), il se livre à une étude historique

sur les *legis actiones* (§ 11 à 31), et entre ensuite dans les détails de la matière où il s'occupe surtout des formules (§ 39 à 60), des actions naissant des obligations des personnes *alieni juris* (§ 69 à 82), des exceptions (§ 115 à 129), des prescriptions (§ 130 à 137), des interdits (§ 138 à 170).

40. — Les auteurs modernes ont beaucoup discuté sur le point de savoir à quel propos les obligations ont été placées par Gaius à la fin du troisième commentaire et avant la théorie des actions. Comme ce jurisconsulte ramène le droit à trois points, on s'est demandé à quel moment finit le second et commence le troisième. Théophile, dans son commentaire des Institutes,[1] nous dit que la troisième partie du droit civil commence aux obligations, lesquelles appartiendraient à la théorie des actions. Hugo[2] a prétendu que telle était aussi la pensée de Gaius. — Je ne puis, toutefois, partager cette opinion. Gaius a voulu placer les obligations parmi les *res*. Cela résulte d'abord, d'un certain nombre de textes : on peut conjecturer, d'après les Institutes de Justinien, que dans le commentaire II, § 14, Gaius énumérait les obligations parmi les choses incorporelles ; dans le § 38 du même commentaire, après avoir parlé des choses qui sont susceptibles de *mancipatio*, *cessio*

[1] III, 13, pr. ; IV, 6, pr.
[2] *Hist. du droit romain*, § 118 et 414.

in jure, il ajoute : *obligationes quoquo modo contractæ nihil eorum recipiunt ;* dans le § 85, com. II, notre jurisconsulte dit positivement que l'obligation est un *res nec mancipi* et si, dans le com. II, § 83, il ne comprend pas les obligations parmi les choses incorporelles, c'est parce que dans ce texte, comme le fait remarquer Puchta, il veut, avant tout, distinguer les choses *quæ alicujus sunt* de celles *quæ alicui debitæ sunt.*

D'un autre côté, si les obligations rentraient dans la théorie des actions, la division des commentaires n'offrirait plus la symétrie qu'elle présente avec notre système : le premier commentaire est relatif au droit des personnes ; les second et troisième concernent la théorie des choses ; le quatrième est réservé aux actions.

Sans doute, il existe une certaine corrélation entre les actions et les obligations ; mais cependant toute action ne naît pas d'une obligation et certaines obligations ne sont pas munies d'actions ; aussi dans le commentaire IV de Gaius, l'action est-elle envisagée en elle-même et nullement comme conséquence d'une obligation.

Ainsi Gaius fait rentrer les obligations dans la théorie des *res*, et s'il les relègue à la fin de ses développements, c'est parce qu'elles ne sont pas susceptibles, comme les choses corporelles, les servitudes, les hérédités, des modes d'acquérir ordinaires.[1]

[1] Cpr. en ce sens : Schweppe, *Loc. cit.* — Puchta, *Cursus Institutionen*, § 99.

41. — Comme on a dû le voir, par les développements qui précèdent, le plan de Gaius, sans être à l'abri de toute critique, est pourtant généralement bon et logique ; mais nous ne saurions trop répéter que le principal mérite de ce jurisconsulte est surtout de l'avoir inventé. Aussi, je crois, contrairement à l'opinion de Schweppe, que Gaius y attachait une grande importance et qu'il avait consacré beaucoup de temps à la division de ses matières. Gaius se distingue des jurisconsultes romains en ce qu'il a l'idée d'un système, d'un plan méthodique : c'est une des qualités de son génie grec.

Nous pensons aussi que les Institutes de Gaius sont le premier ouvrage de droit écrit sous ce nom d'Institutes. Gaius avait-il intitulé ses commentaires : *Institutiones*, ou bien avait-il dit *Institutiones juris civilis?* M. Huschke incline pour ce dernier titre. Il cite à l'appui de son opinion un passage de Lactance qui porte : « *et si quidam prudentes et arbitri æquitatis institutiones civilis juris compositas ediderunt, quibus civium dissentium lites contentionesque sopirent, quanto melius nos et rectius divinas institutiones litteris persequemur?* » Il faut avouer que cela est tout à fait arbitraire. N'est-il pas évident que la seule pensée de Lactance est d'opposer les *institutiones juris civilis* aux *institutiones divinæ ;* mais conclure de là que Gaius avait intitulé son livre *Institutiones juris civilis*, c'est exécuter un véritable tour de force que je me contente de relever,

En choisissant ce titre d'*Institutiones*, Gaius a fait un emprunt à ceux qui écrivaient sur l'art oratoire : on sait, en effet, que Quintilien et l'orateur Celsus avaient composé des *Institutiones*. L'auteur voulait, par ce titre, faire connaître le but qu'il se proposait et l'on peut dire qu'il l'a complètement atteint. Les Institutes de Gaius forment l'ouvrage élémentaire de droit romain par excellence.

Il ne faudrait toutefois pas croire que les Institutes de Gaius soient le seul ouvrage de cette nature qui ait été écrit à l'usage des étudiants. Du temps de Gaius, avant et après lui, les jurisconsultes composèrent sous des noms très divers, un grand nombre de traités à l'usage de ceux qui voulaient s'adonner à la science du droit. De nombreux livres furent publiés sur les édits prétoriens, notamment par Servius Sulpicius, par Aulus Ofilius, par Labéon, par Massurius Sabinus, par Cœlius Sabinus, par Salvius Julianus et par d'autres encore.[1] Des traités didactiques étaient écrits sous les titres de *Regulæ*, *Definitiones*, *Libri* ὁρων, *Sententiæ*. Parmi ces ouvrages, les Sentences de Paul et les Règles d'Ulpien sont, en grande partie, parvenues jusqu'à nous et il suffit de les comparer aux Institutes de Gaius pour reconnaître la supériorité de ce dernier ouvrage. Pomponius écrivit sur le droit civil, sous des titres nombreux, tels que *Regularum liber*, *Enchiridii libri*, *Enchiridii liber singularis ;* de même, Alfenus Varus et Salvius Julia-

[1] Rudorff, *op. cit.*, § 97.

nus sous le titre *Digestorum libri*. Plusieurs jurisconsultes ont aussi composé des Institutes, mais tous sont postérieurs à Gaius et dès lors il est permis d'en conclure qu'ils ont emprunté ce titre à notre jurisconsulte. Ulpien, Paul, Callistrate, Florentin et Marcien écrivirent des Institutes citées sous ce titre au Digeste. Les nombreux ouvrages de Paul sur l'enseignement du droit, *libri Institutionum*, *libri Regularum*, *liber singularis Regularum*, suffisent pour établir que ce grand jurisconsulte, membre du *consilium* de Septime Sévère, assesseur du préfet du prétoire Papinien, préfet lui-même sous Alexandre Sévère, avait consacré une partie de sa vie à l'enseignement du droit. A la même époque que Paul appartiennent deux autres professeurs, Ælius Martianus et Florentinus, qui tous deux composèrent des Institutes rédigées d'après le plan de celles de Gaius. Un autre contemporain de Paul, aussi illustre que lui, Domitius Ulpianus, originaire de Tyr, en Phénicie, assesseur de Papinien en même temps que Paul, banni par Caracalla, rappelé par Alexandre Sévère qui l'éleva à différentes dignités et en dernier lieu à celle de préfet du prétoire, assassiné en 228, enseigna aussi le droit et publia divers ouvrages destinés à l'enseignement, tels que *Libri Institutionum*, *Libri Opinionum*, *Libri Regularum*.

43. — Si ce titre d'Institutes, imaginé par Gaius, reproduit par un certain nombre de ses successeurs est relativement nouveau, on n'en

peut pas dire autant du mot *commentarii* dont s'est également servi Gaius pour subdiviser ses Institutes.[1] Le mot commentaire était très fréquemment employé chez les Romains et dans des sens assez divers. Les mémoires des pontifes portaient le nom de *Commentarii*. C'est par ces mémoires des pontifes que nous est attesté le mérite du grand jurisconsulte Tiberius Coruncanus, le premier plébéien qui ait été élevé à la dignité de grand pontife et le premier jurisconsulte qui ait, on s'en souvient, enseigné publiquement le droit.[2]. César écrivit de son côté des Commentaires pour faire connaître ses campagnes dans les Gaules. De très bonne heure aussi, les jurisconsultes employèrent ce terme pour intituler certains ouvrages de droit. Ainsi les plus connus des livres de Labéon sont les *Libri Posteriorum*, les *Libri Probabilium*, les *Commentarii ad legem XII Tabularum*, les *Libri Epistolarum*, les *Libri Responsorum* et les *Commentarii de jure pontifico*.[3] De même, Gaius Cassius Longinus écrivit des *Libri* ou *Commentarii de jure civili* cités au Digeste par Ulpien et par Javolenus.[4] Enfin les actes des empereurs étaient consignés sur des *Commentarii* qui formaient chaque

[1] Les éditions les plus récentes des Institutes de Gaius portent : *Gaii institutionum commentarii quatuor.*

[2] Cicéron, *Brutus*, XIV, 55 : *ex pontificum commentariis longe plurimum ingenio valuisse videatur.*

[3] Rudorff, *op. cit.*, t. I, § 70.

[4] L. 7, § 3, *De usufructu*, 7, 1. — L. 78, *De solutionibus*, 46, 3.

année un ou plusieurs volumes et étaient tenus par des employés spéciaux appelés *a commentariis Augusti.*[1]

44. — Ces préliminaires n'étaient pas inutiles pour l'examen d'une question soulevée par M. Dernburg.[2] Suivant le savant professeur, les Institutes de Gaius ne forment pas un traité élémentaire de droit romain, dans le sens propre de ce mot ; elles ne sont autre chose que la reproduction du cours que professait Gaius et tel qu'il le rédigeait avant de le lire à ses élèves. Cette assertion hardie a pu être inspirée à son auteur par la pratique des universités allemandes où les professeurs rédigent et publient les leçons de leur cours sous une forme spéciale. Mais qui peut nous permettre d'affirmer que la méthode allemande ait été aussi celle des jurisconsultes romains et que les Institutes de Gaius constituent ce que nos voisins appelleraient *ein Collegien Heft ?*

C'est d'abord, nous dit M. Dernburg, le nom même de l'ouvrage. Le mot *Commentarii* désigne la préparation écrite, l'ébauche plus ou moins parfaite d'un discours. Le mot *Institutes* éveille une

[1] Il y avait aussi des *commentarii* des municipes. — On trouvera d'intéressants détails sur les *commentarii* des actes des empereurs dans le mémoire de M. Cuq sur le *Consilium Principis*, publié dans les *Mémoires présentés par divers savants à l'Académie des inscriptions et belles-lettres*, 1re série, t. IX, 2e part., p. 116 et suiv.

[2] *Die Instituten des Gaius*, p. 33 et suiv.

idée analogue : l'*Institutio Oratoria* de Quintilien n'est autre chose que la rédaction de ses cours comme nous l'apprend Quintilien lui-même dans ses préliminaires. Cicéron emploie à plusieurs reprises le mot *commentaire* comme synonyme d'esquisse d'un discours.[1] Quintilien nous rapporte que Cicéron lui-même préparait ses discours au moyen de commentaires, lesquels furent publiés dans la suite par son affranchi Tiron.[2] Suétone parle aussi des *Commentarii* des rhéteurs[3] et Aristarque raconte comment se fit la publication des Commentaires du médecin Galenus.[4]

45. — Nous ne contestons pas que le mot *commentarii* ait été employé pour désigner les notes prises à l'avance par celui qui devait prononcer un discours ou d'une manière plus générale, prendre la parole. Mais ce que nous avons dit précédemment suffit pour montrer que le mot *commentarii* était susceptible de beaucoup d'autres sens. Il avait déjà été employé avant Gaius par d'autres jurisconsultes, ainsi que nous l'avons vu et rien n'établit que, sous ce titre, ces jurisconsultes aient publié les notes de leurs cours. D'ailleurs le mot *Institutes* lui-même était pris parfois comme synonyme de *Commentarii* et il est bien certain que, dans l'intention des rédacteurs d'Institutes (on a vu que plu-

[1] *Brutus*, XLIV, 164; *De finibus*, IV, 4, 10.
[2] *Instit. orat.*, chap. VII, § 30.
[3] *De claris rhetoribus*, 4.
[4] Cpr. Dernburg, *op. cit.*, p. 65, note 4.

sieurs jurisconsultes romains en ont composé) ce terme signifiait traité élémentaire de droit. C'est aussi en ce sens que Justinien l'emploie.

Mais on prétend que la nature de l'ouvrage de Gaius se trahit aussi bien par la méthode et par le fond que par son titre. Un traité didactique, dit M. Dernburg, doit servir de complément aux études, combler les lacunes des cours et remédier à leur inégalités; l'harmonie, la mesure, la rigueur de la méthode, une égalité parfaite, doivent être les premières qualités d'un traité élémentaire. Or les Institutes de Gaius sont loin d'offrir ces caractères. Parmi les matières du droit civil, les unes sont longuement développées, par exemple, la théorie de la loi Ælia Sentia, celle de la loi Fufia Caninia, la *sponsio*, la *fidepromissio* et la *fidejussio*, le *furtum*.[1] D'autres sujets sont à peine indiqués, comme le *peculium castrense;* d'autres enfin sont entièrement passés sous silence, notamment les obligations *quasi ex delicto*, les contrats réels sauf le prêt de consommation, certains sénatus-consultes, tels que le Velleien, le Macédonien, le Tertullien. Ces inégalités seraient choquantes dans un véritable traité de droit; elles s'expliquent dans la rédaction d'un cours où le maître est libre de s'arrêter à certains sujets, d'en effleurer d'autres ou même de les passer sous silence.

Toutes ces considérations nous paraissent fort

[1] Cp. *Commentaire* I, § 13 et suiv.; *Commentaire* III, § 115 à 128; *Commentaire* III, § 183 à 208.

contestables. Et d'abord ces inégalités, ces omissions, relevées dans les Institutes de Gaius, on peut aussi les constater et à un bien plus haut degré dans les autres ouvrages élémentaires parvenus jusqu'à nous, notamment dans les Règles d'Ulpien, dans les Sentences de Paul. Personne ne songera cependant à soutenir que ces ouvrages sont la reproduction de cours enseignés par leurs auteurs. S'il avait existé, chez les Romains comme en Allemagne, deux sortes d'ouvrages élémentaires, des traités didactiques et des leçons écrites, les jurisconsultes romains nous l'auraient certainement appris eux-mêmes quelque part ; or ils gardent sur ce point un silence absolu. Les rédacteurs des Institutes de Justinien n'auraient pas non plus ignoré cette circonstance et, au lieu de copier à peu près servilement les Institutes de Gaius, ils se seraient attachés à les transformer pour leur donner le caractère d'un traité didactique, car personne ne contestera que les rédacteurs des Institutes de Justinien ne se soient proposé de publier un traité de ce genre auquel était en outre attachée force de loi. Que les Institutes de Gaius présentent des inégalités, qu'on y relève même des omissions, nous ne contesterons pas. Mais pour apprécier cet ouvrage, il ne faut pas le comparer, comme fait M. Dernburg, à un type, à un idéal de traité élémentaire ; il vaut beaucoup mieux le rapprocher des autres ouvrages de même nature écrits par les anciens jurisconsultes romains et parvenus en fragments plus ou moins complets

jusqu'à nous. Celui qui se livrerait à cette comparaison ne tarderait pas à se convaincre que, parmi les écrits de ce temps, les Institutes de Gaius forment l'ouvrage qui se rapproche le plus du véritable traité didactique. Ce qui le prouve surabondamment, c'est qu'on s'en est ensuite servi à ce titre, et qu'à ce titre aussi Justinien a pris l'œuvre de Gaius comme modèle de ses Institutes.

L'opposition que l'on établit entre un traité didactique et un cours écrit nous paraît fort contestable. Ce qui est un défaut dans l'un ne saurait devenir une qualité dans l'autre, surtout si l'on suppose qu'il s'agit d'ouvrages élémentaires. Qu'un professeur puisse glisser sur certaines matières dans son enseignement oral, cela est bien certain, mais les omissions, dans le sens rigoureux de ce mot, ne sont pas plus permises au professeur qu'à l'écrivain.

D'ailleurs les Commentaires de Gaius ne méritent pas à ce point de vue de sérieux reproches et il est possible d'expliquer comment notre jurisconsulte a été amené à de simples indications sur différents points. Ainsi était-il vraiment nécessaire de s'expliquer longuement, dans un traité élémentaire, sur le *peculium castrense,* alors que toute la théorie de ce pécule, se ramène à considérer celui qui le possède comme *paterfamilias* vis-à-vis des biens compris dans le pécule? Si Gaius ne dit rien des obligations nées *quasi ex delicto*, c'est qu'en effet elles n'offrent aucun intérêt scientifique ; s'il se borne à indiquer les contrats réels, cela tient à

ce qu'ils étaient peu pratiques de son temps, l'usage étant universel de les convertir par la stipulation en contrats *verbis*. Nous ne prétendons pas d'ailleurs justifier toutes les inégalités, encore moins les omissions de notre jurisconsulte, mais nous en avons dit assez pour montrer qu'on en a exagéré le nombre et l'importance. Tel qu'il a été écrit, cet ouvrage reste, pour son temps, le modèle du traité didactique.

Il est vrai que les Institutes de Gaius présentent un certain nombre de répétitions ; le même sujet y est parfois traité à deux reprises. C'est ce qu'on relève à propos des Latins Juniens, de l'*in jure cessio*, de l'agnation, de l'acquisition par autrui, de la *litiscontestatio*.[1] Ces répétitions, faciles à justifier dans un cours, ne s'expliquent pas, dit-on, dans un livre : l'auteur d'un traité, surtout d'un traité élémentaire, ne revient pas deux fois sur le même sujet ; il se borne la seconde fois à un simple renvoi. Cette observation est devenue très vraie de nos jours, mais il s'en faut de beaucoup que les anciens en aient tenu compte aussi rigoureusement. Il suffit d'être un peu familier avec les auteurs de l'antiquité pour savoir qu'ils se permettaient d'assez nombreuses répétitions ; les jurisconsultes ont, sur ce point, imité l'exemple des littérateurs et des historiens. Mais ici encore, Gaius échappe à

[1] *Com.* I, § 22 comparé au *Com.* III, § 56 ; *Com.* I, § 34 et 35 comparés au *Com.* III, § 85 à 87 ; *Com.* I, § 156, comparé au *Com.* III, § 10 ; *Com.* II, § 86, comparé au *Com.* III, § 163 ; *Com.* III, § 180 et 181, comparés au *Com.* IV, § 106 à 108.

tout reproche sérieux, même en supposant qu'il ait écrit un traité didactique. S'il est parfois revenu sur ce sujet déjà traité, c'est toujours avec intention : il a pensé que cette répétition était nécessaire pour la clarté même du sujet auquel il était parvenu. Mais cette méthode ne lui est pas habituelle ; il ne l'emploie que très exceptionnellement et fort souvent, au contraire, il se borne à un renvoi pur et simple, précisément comme le ferait l'auteur d'un traité. C'est ce que M. Dernburg a eu le tort de ne pas voir. Ainsi, à propos du débiteur qui détient la chose par lui mancipée ou cédée *in jure,* sous clause de fiducie, il renvoie, pour ce qui concerne l'usucapion, du troisième commentaire au second.[1] Je relève d'autres renvois à l'occasion du père qui a commis un délit et s'est ensuite donné en adrogation ; au sujet de la nomination des tuteurs et curateurs ; à propos de l'acquisition de la possession.[2] Ces formules de renvoi (*in precedenti commentario retulimus* ou autres analogues) ne s'expliqueraient même pas dans un cours écrit et l'auteur devrait en employer d'autres pour ne pas choquer le lecteur. On voit que les Institutes de Gaius présentent précisément les caractères que M. Dernburg demande à un livre didactique.

Les deux dernières considérations invoquées par notre savant contradicteur sont tout à fait

[1] *Com.* III, § 201.

[2] *Com.* IV, § 77, 85, 153. Voy. aussi *Com.* II, § 145 et § 228.

secondaires. On fait remarquer que Gaius recourt fréquemment à des tournures de phrase destinées à procurer à l'auditeur qui prend des notes un moment de répit : « *Hinc transeamus ad fideicommissa. Et prius de hereditatibus videamus. In primis igitur sciendum est opus esse....*[1] » « *Sequitur de jure personarum alia divisio : nam quædam personæ sui juris sunt, quædam alieno juri sunt subjectæ. Sed rursus earum personarum quæ alieno juri subjectæ sunt, aliæ in mancipio sunt. Videamus nunc de iis quæ alieno juri subjectæ sunt.* »[2] Quiconque lira ces passages sans prévention, reconnaîtra facilement qu'il s'agit là de simples transitions, aussi nécessaires pour la clarté de l'exposition, dans un traité, surtout dans un traité élémentaire, que dans un cours. Quant à prétendre que Gaius s'est surtout proposé de laisser à ses éditeurs le temps d'arranger leurs notes, c'est montrer à quel point l'imagination peut se laisser entraîner par l'attrait de la nouveauté.

M. Dernburg observe aussi que Gaius a l'habitude, comme tout professeur, de reprendre parfois la même idée sous deux formes différentes. Nous remarquerons cependant que ce fait est très exceptionnel dans les Institutes.[3] Mais on peut admettre, sans difficulté, que l'habitude de l'enseignement donne au style et à la forme d'un auteur un cachet particulier.

[1] *Com.* II, § 246, 247, 248.
[2] *Com.* I, § 48.
[3] *Com.* I, § 1 ; *Com,* III, § 197; *Com.* IV, § 44.

Ce qu'il est plus important de relever, c'est que toutes les assertions de M. Dernburg reposent sur quelques passages qui forment, dans l'ensemble de l'ouvrage, une partie tout à fait insignifiante. C'est bien plutôt en examinant l'œuvre de haut et dans toutes ses parties qu'on parvient à en déterminer le caractère. A ce point de vue, les commentaires de Gaius forment un traité didactique par la rigueur de la méthode, la netteté des divisions, la précision du style. Le § 191 du commentaire II montre quelle importance Gaius attachait à la suite des développements : il s'efforce de justifier sa méthode toutes les fois qu'on pourrait être porté à croire qu'un sujet n'est pas bien placé. « *Post hæc videamus de legatis, quæ pars juris extra propositam quidem materiam videtur, nam loquimur de his juris figuris, quibus per universitatem res nobis acquiruntur : sed quum omnimodo de testamentis, deque heredibus, qui in testamento instituuntur, locuti sumus, non sine causa sequenti loco poterat hæc juris materia tractari.* » Voilà certes une observation qu'on pourrait supprimer dans un cours ; elle s'explique au contraire très bien dans un livre où l'auteur tient surtout à la sévérité de la méthode.

Sous le rapport de la forme, les Commentaires de Gaius nous apparaissent bien aussi avec le caractère d'un traité didactique : Gaius tient autant à la précision qu'à la clarté. D'ailleurs il se borne à suivre l'exemple des autres professeurs de droit. On sait que les jurisconsultes romains se sont dis-

tingués par leurs qualités littéraires, non seulement à l'époque classique des lettres romaines, au siècle d'Auguste, mais encore à l'époque classique du droit jusqu'au temps des Sévère. « Les jurisconsultes romains, disait Hugo,[1] jusqu'à Alexandre Sévère, écrivaient parfaitement le latin, et c'est une grande injustice que de les exclure, comme on le fait trop souvent, de la liste des grands écrivains de l'âge d'or. Ils étaient, en effet, les hommes les plus instruits de la Rome impériale ; leur science y était, de plus indigène, et non importée de la Grèce ; et comme ils étaient naturellement attachés aux anciennes traditions, leur langue se distinguait de celle manifestement en décadence de leurs contemporains.[2] »

Ce fait s'explique facilement si l'on se souvient que la plupart des jurisconsultes romains appartenaient à la classe élevée de la société et occupaient des charges considérables dans l'État ; par la na-

[1] *Geschichte des römischen Rechts*, p. 751.

[2] Hume (*Histoire d'Angleterre*, traduction Campenon, éd., 1825, t. III, p. 517), disait de son côté : « La dernière branche de la littérature ancienne qui fut restée saine a été heureusement la première transmise au monde moderne ; car il est remarquable que dans le déclin de la littérature romaine, lorsque les philosophes généralement dégénérèrent en sophistes ou tombèrent dans les absurdités de la superstition, lorsque les poètes et les historiens n'écrivaient plus que dans un langage corrompu, les jurisconsultes, qui dans les autres pays sont rarement des modèles de goût, eurent cependant, par l'étude constante et l'imitation fidèle de leurs prédécesseurs, l'avantage de pouvoir conserver la même justesse dans les décisions, la même précision dans leurs raisonnements, la même pureté dans leur langage et leurs expressions. »

ture même de leurs études, ils représentaient le respect de la tradition et la forme classique de leurs écrits n'est qu'un effet de cette tendance.[1] Les jurisconsultes des provinces occupaient aussi une place distinguée dans la société et y brillaient par la pureté de leur langage aussi bien que par la solidité de leur science.

45. — En résumé, la forme des Institutes de Gaius est en général excellente.

On découvre bien, sans doute, quelques défauts dans ce livre : le style est quelquefois un peu prolixe (cpr. III, § 194) ; on peut signaler, comme nous l'avons vu, quelques répétitions inutiles ; certaines expressions techniques nouvelles peuvent choquer l'oreille délicate des puristes,[2] *prædiatura* (II, § 61), *illegitime concepti* (I, 89), *cognitura* (IV, 124), *propter contractationem venire* (II, 155).[3] Mais ces légers défauts disparaissent devant les qualités éminentes qui brillent de toutes parts, et c'est le cas de dire avec le poète Horace :

> *Ubi plura nitent in carmine non ego paucis*
> *Offendar maculis.*

Ainsi le style est toujours clair, souvent précis et en général d'une grande pureté. Les difficultés sont accompagnées d'exemples qui facilitent les

[1] Sur la latinité du droit romain et son éclat littéraire, voy. Giraud, *Histoire du droit romain*, p. 285 et suiv.

[2] Elvers, *Promptuarium Gaianum, sive doctrina et Latinitas quas Gaii Instit., et Ulp. Frag., exhib.* Göttingue, 1825.

[3] Dans les dernières éditions on lit : *pro portione venire.*

explications. Les notions et les aperçus historiques sont beaucoup plus fréquents que dans les autres ouvrages des jurisconsultes romains : nous avons déjà fait remarquer que Gaius s'était, en effet, adonné aux études historiques; et si l'on peut souvent reprocher aux jurisconsultes romains d'avoir négligé l'histoire, il faut reconnaître que ce reproche n'atteint pas Gaius; aussi a-t-on, de nos jours, trouvé dans ce livre une foule de matériaux pour l'étude du vieux droit romain.[1]

Les controverses des jurisconsultes sont relevées avec un soin tout particulier.[2] Gaius ne manque jamais non plus de rappeler les opinions des grands jurisconsultes, des maîtres de la science dans les deux Ecoles, et les noms que l'on rencontre le plus souvent sous sa plume sont ceux de Sabinus, Cassius, Labéon, Servius Sulpicius, Proculus.[3]

[1] Schrader, *Was gewinnt die Rechtsgeschichte durch Gaius Institutionen?* Heidelberg, 1823.

[2] Tantôt Gaius mentionne les querelles des Sabiniens et des Proculiens (I, 196; — II, 15, 37, 79, 123, 195, 200, 217 à 223, 231, 244; — III, 87, 98, 103, 133, 140, 167, 178; — IV, 78, 79, 114, 163); tantôt il se borne à indiquer l'existence d'une controverse (I, 106, 135, 172, 184, 188; — II, 51, 63, 212, 214, 215, 234, 236, 242, 280; — III, 28, 47, 64, 70, 71, 75, 91, 143, 144, 145, 146, 147, 149, 166, 175, 179, 183, 184, 189, 194, 198, 218; — IV, 66, 84, 125).

[3] Gaius cite dans les Institutes 14 fois Sabinus (I, 196; — II, 79, 154, 195, 218, 244; — III, 70, 133, 141, 161, 183, 218; — IV, 79, 114), 10 fois Cassius (I, 196; — II, 79, 195, 244; — III, 71, 133, 140, 161; — IV, 79, 114); — 5 fois Labéon (I, 135, 188; — II, 231; — III, 140, 183), et Servius Sulpicius (I, 188; — II, 244; — III, 149, 179, 183); 4 fois Proculus

46. — L'oubli dans lequel Gaius est resté parmi ses contemporains tient, nous l'avons déjà dit, à deux causes : — Gaius écrivait loin de Rome dans une province de l'Asie mineure. — Il n'avait pas obtenu, comme nous le verrons plus loin, le *jus respondendi*. Notre jurisconsulte occupait une position modeste : il passait sa vie à enseigner les premiers éléments du droit et à composer des ouvrages ; mais il n'était lui-même qu'un disciple.

Cependant à mesure que ses Institutes se répandaient ; à mesure aussi que le centre de l'Empire cessait d'être exclusivement à Rome pour se reporter vers l'Orient, le nom de Gaius se faisait connaître et l'on peut dire que dès les premiers temps de la quatrième période de l'histoire du droit romain, il était populaire. C'est lui que l'on cite le plus souvent depuis cette époque. Ses commentaires sont entre les mains de tout le monde : Boëce et l'auteur de la *Collatio legum Mosaïcarum et Romanarum* leur empruntent des passages.

La *Collatio Legum Mosaïcarum et Romanarum* cite Gaius comme une autorité : « *Gaius Institutionum libro* III, *legitimas sic ordinat successiones* ; *intestatorum hereditates lege Duodecim Tabularum primum ad suos heredes pertinent* ».[1] Gaius devient, en effet, un jurisconsulte considé-

(II, 15, 195, 231 ; — III, 140), 3 fois Nerva (II, 15, 195 ; — III, 133) ; 2 fois Quintus Mucius (I, 188 ; — III, 149) ; 2 fois Julianus (II, 218, 280) ; une fois Sextus (II, 208), Pegasus (III, 64), Javolenus (III, 70), Ofilius (III, 140).

[1] XVI, 2.

rable : ses écrits obtiennent force de loi pour la première fois, en vertu de la loi des Citations qui réduit à cinq le nombre des jurisconsultes dont les écrits seront désormais obligatoires. Cette constitution des empereurs Théodore II et Valentinien III de l'année 426 porte : « *Papiniani, Paulli, Gaii, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus, ita ut Gaium, quæ Paullum, Ulpianum et cunctos comitetur auctoritas, lectionesque ex omni ejus opere recitentur* ».[1]

Gaius n'est pas connu seulement des jurisconsultes : les littérateurs le citent aussi. Servius Honoratus invoque son autorité dans ses observations sur les Géorgiques de Virgile.[2] *Nam apud majores omne mercimonium in permutatione constabat, quod et Gaius Homerico confirmat exemplo* ».[3] En dernier lieu, on lit dans Priscianus :... *a pendendo quoque compositum, libripens libripendis, Gaius in lib. Institutorum, adhibitis non minus quam quinque testibus, item libripende in eodem, qui libram æneam teneat, qui appellatur libripens* ».[4]

47. — Chez les Barbares, les compilateurs d'Alaric puisent largement dans les Institutes de Gaius dont ils composent un résumé extrait des trois premiers commentaires. On croit aussi très généralement que les rédacteurs du Papien ont

[1] Const. 3, c. th., *De responsis prudentum*, 1, 4.
[2] III, 306.
[3] Cpr. *Com.* I, § 119.
[4] Apud Keil, II, p. 282.

connu et utilisé les Institutes de Gaius. Tous les jurisconsultes modernes, à l'exception de Schulting et de Bluhme, admettent, sans même supposer qu'il puisse s'élever le moindre doute à cet égard, que les rédacteurs du Papien ont utilisé les Institutes de Gaius, et Rudorff s'efforce même, dans son Histoire du droit romain, de nous faire connaître le parti qu'ils en ont tiré.[1] C'est cependant là une erreur : ils les ont probablement connues, mais ils ne les ont certainement pas utilisées. Gaius est cité seulement trois fois dans le Papien[2] et de ces trois citations, deux font allusion à des *Regulæ* de Gaius, la troisième à une *species*; mais il n'est pas parlé une seule fois des Institutes. Ce silence est d'autant plus significatif, que le Papien cite souvent les Sentences de Paul et deux fois seulement les *species* de ce jurisconsulte.[3] Parmi les trois emprunts faits à Gaius, celui qui a été tiré du titre *De injuriarum actione* ne se rapporte

[1] *Op. cit.*, § 225.

[2] Tit. V : *Secundum regulam Gaii sub titulo de injuriarum actione* ; Tit. X (et non IX in fine) : *Secundum Gaii regulam patri matrive intestatis filii filiæve succedant* ; Tit. XII, § 2: *Secundum speciem Gaii, qui hoc de prohibitis statuit.*

[3] Tit. IV : *Secundum sententiam Pauli sub titulo de furtis emissam* ; Tit. V : *Secundum sententiam Pauli libri quinto sub titulo de injuriis* ; Tit. XXXIX : *Secundum sententiam Pauli*; Tit. XIII : *Secundum speciem Pauli sententiarum libro primo sub titulo : Si quadrupes pauperiem fecerit*; Tit. XX : *Secundum speciem Pauli Sententiarum libro* V ; Tit. XV : *Secundum regulam Pauli sententiarum* ; Tit. XXVIII : *Secundum speciem Pauli lib.* IV *de intestatorum successione* (et) *ad senatusconsultum Tertullianum* ; Tit. XXXV : *Secundum speciem Pauli.*

certainement pas aux Institutes, car cet ouvrage est divisé en livres ou commentaires, mais la division en titres n'est pas générale et a peut-être été ajoutée dans la suite. Même en admettant que Gaius ait employé dans ses Institutes la division en titres (on peut le soutenir, comme nous l'avons constaté plus haut, en faisant remarquer que cette division est employée au commencement de l'ouvrage, et que si elle disparaît dans la suite, c'est peut-être à raison de la négligence du copiste), on ne voit pas dans quelle partie des Institutes pourrait se placer un titre qui aurait pour rubrique *De injuriarum actione*. Il ne saurait se trouver dans le troisième commentaire où Gaius parle des injures à propos des obligations *ex delicto*, mais non pas des actions, ni dans le quatrième commentaire où l'*actio injuriarum* n'est indiquée que d'une manière incidente. [1] Il est donc bien plus probable qu'il s'agit d'un texte tiré du *liber singularis Regularum* ou bien des *tres libri Regularum* que le Digeste attribue à Gaius; il existe, en effet, au Digeste un texte de Gaius extrait de cet ouvrage et qui est précisément relatif à l'action d'injure. [2] Enfin, comme la citation de Gaius faite dans le titre XXIX du Papien ne présente qu'un rapport fort éloigné avec le paragraphe 202 du commentaire III des Institutes et avec la loi 51, *De furtis* (47, 2), extrait du livre XIII de Gaius sur l'édit

[1] *Com.* IV, § 8.
[2] L. 43, *De injuriis*, 47, 10.

provincial, il faut bien admettre que ce texte a, lui aussi, été tiré des *Libri Regularum* et alors il résulte de toutes ces explications que ce dernier ouvrage est le seul parmi les nombreux écrits de Gaius qui ait été utilisé par les rédacteurs du Papien.[1]

48. — En Orient, sous Justinien, la réputation de Gaius était devenue telle, que cet empereur en parle comme d'un grand maître et que ses commissaires lui empruntent un nombre considérable de fragments (535), pour la compilation du Digeste. Justinien donne à Gaius l'épithète de *noster*, non qu'il fut chrétien ou de même origine que cet empereur, comme l'a dit Augustin, mais à cause de sa grande réputation.

A l'époque qui précède Justinien,[2] l'étude du droit comprenait quatre années dans les écoles publiques de l'Etat. Le commencement de la première année était consacré aux Institutes de Gaius. Mais on éprouve aujourd'hui des doutes sur le point de savoir comment ces Institutes étaient enseignées. Justinien nous dit en effet : *Nihil aliud, nisi sex tantummodo libros accipiebant..... in his sex libris Gaii nostri institutiones et libri*

[1] Cpr. *Monumenta germaniæ, Leges*, tom. III, p. 580, 599, 602, 604. — Bluhme, *Palæographische und kritische Miscellen*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* de Rudorff, III, p. 453.

[2] On trouvera un exposé de l'enseignement du droit pour cette période dans Georges Flach, *De l'enseignement du droit chez les Romains*, p. 124 et suiv.

singulares quatuor, primus de illa vetere re uxoria, secundus..... Ainsi six livres formaient l'objet de l'enseignement. Quatre de ces livres concernaient les *libri singulares ;* il n'en restait donc que deux pour les Institutes de Gaius. Faut-il conclure de là avec Dernburg qu'on avait composé à l'usage des étudiants un résumé des Institutes de Gaius divisé en deux livres? ou bien se contentait-on d'expliquer deux des commentaires et passait-on sous silence les deux autres, soit qu'ils fussent relatifs à des matières qui avaient été complètement transformées, soit que ces matières fussent trop difficiles pour des élèves de première année ? ou bien encore, et plus simplement, ne réunissait-on pas les quatre commentaires en deux livres? Nous en sommes réduits à des conjectures.

Sous Justinien, les études du droit s'étendirent sur cinq années ; la constitution *Omnem* destinée à régir les trois grandes écoles de Constantinople, de Béryte et de Rome, contient un exposé complet de l'organisation de cet enseignement.[1] Désormais, les élèves de première année étudiaient les Institutes de Justinien, ouvrage à la fois didactique et législatif, qui avait remplacé les Institutes de Gaius. Ce traité élémentaire était l'œu-

[1] Cpr. Georges Flach, *op. cit.*, p. 143 et suiv. Cette constitution supprimait les autres écoles des provinces, notamment celles d'Alexandrie et de Césarée, mais il ne semble pas que cette suppression ait été absolue ; on conserva toujours, dans ces villes, un certain enseignement pratique du droit. Cpr. Giraud, ***Histoire du droit romain***, p. 300.

vre commune de Tribonien son inspirateur, Théophile, professeur de droit à Constantinople et Dorothée, professeur de droit à Béryte. Justinien était très fier de l'œuvre de ses commissaires, *quæ*, disait-il, dans sa constitution *Omnem* (§ 2), *ex omni pæne veterum institutionum corpore elimatæ, et ab omnibus turbidis fontibus in unum liquidum stagnum conrivatæ sunt*. Dans la constitution placée en tête des Institutes, il les offre aux étudiants comme un modèle de législation, de science et de méthode. Ce n'est pas ici le lieu d'apprécier les Institutes de Justinien qui servent encore aujourd'hui de base à l'étude du droit romain dans nos facultés. Nous dirons seulement que la découverte des Institutes de Gaius a singulièrement diminué le mérite des commissaires de Justinien. Ceux-ci sont, en réalité, des compilateurs et non des auteurs. Même méthode, mêmes divisions et subdivisions, même ordre de matière. Beaucoup de passages sont purement et simplement copiés dans l'œuvre de Gaius par les commissaires impériaux. Parfois même ils ont reproduit des parties qui avaient été modifiées; d'autres fois ils ont omis d'expliquer des transformations (par exemple la théorie de l'acquisition des servitudes par pactes et stipulations qui était autrefois propre aux fonds provinciaux) ou même d'importantes innovations. Les véritables Institutes du droit romain, celles qui doivent occuper le premier rang, sont donc bien celles de Gaius et non celles de Justinien.

49. — A la suite de toutes les révolutions qui ont agité l'Orient et l'Occident, au milieu du barbarisme et de l'ignorance du moyen-âge, il n'est pas étonnant qu'on ait perdu le texte des commentaires de Gaius ; tel a été le sort de la plupart des travaux des jurisconsultes romains, et si nous ne possédions pas les Pandectes, nous pourrions bien dire que le droit romain nous serait à peu près inconnu. Les manuscrits contenant les Institutes de Gaius ont été détruits ou perdus.[1]

Aussi n'a-t-on connu les Institutes de Gaius, jusqu'au commencement de ce siècle, que par l'abrégé du bréviaire d'Alaric. Ce résumé des Institutes de Gaius a été édité pour la première fois par Sichardus, ensuite par Almaricus Bouchardus (Lovean., 1570, in-12°); en 1600, par Hieronimus Haloander, à Venise, et plus tard, par Schulting dans sa *Jurisprudentia antejustiniana.* La meilleure édition actuelle est celle de Hænel, *Lex Romana Visigothorum* (Leipsig, 1849, 1 vol. in-fol.), où se trouve le résumé de Gaius aux pages 314 et suivantes.

On a composé au moyen-âge un autre résumé des Institutes de Gaius; c'est l'œuvre d'un moine

[1] La bibliothèque du sérail, à Constantinople, est riche en manuscrits anciens datant des premiers siècles de l'ère chrétienne. Comme les compilations de Justinien ont été composées dans cette ville, il est fort probable que si les savants pouvaient se livrer à des recherches dans cette bibliothèque (privilège qu'il est difficile d'obtenir du gouvernement ottoman), ils feraient de précieuses découvertes pour la science du droit.

inexpérimenté. Ce *compendium* a été édité pour la première fois par Petrus Ægidius, à Anvers, dans un recueil devenu très rare aujourd'hui.[1] Mais on peut le voir dans le *Thesaurus* de Meermann où il a été inséré (tom. VII). Si l'on rapproche ce résumé du texte du Bréviaire d'Alaric, on ne tarde pas à acquérir la certitude que le moine, auteur de ce travail, n'a pas connu les Institutes originales de Gaius et qu'il s'est borné à reproduire maladroitement, en la résumant, l'œuvre des rédacteurs du Bréviaire d'Alaric.

50. — Est-ce à dire que personne, avant la découverte de Niebühr, n'ait eu entre ses mains un manuscrit complet des Institutes de Gaius?

Bynkershök, dans son traité sur les *Res mancipi* (Ch. I).[2] nous donne sur ce point un renseignement qu'il n'est pas inutile de rapporter. Ce jurisconsulte nous parle d'abord de deux fragments des Institutes de Gaius sur la *mancipatio* et sur la *cessio in jure* qui n'ont pas été insérés dans le résumé d'Alaric, mais nous sont parvenus par l'intermédiaire de Boëce[3]; il ajoute ensuite :

[1] Ce recueil est intitulé : *Summæ sive argumenta Legum diversorum imperatorum ex corpore divi Theodosii Novellis, divi Valentiniani, Aug. Martiani, Maioriani, Severi, Prætera Caii et Julii Paulli Sententiis, nunc primum diligentissime excusa, Cæsarei juris studiosis utilitatem allatura non mediocrem ex vetustissime archetypo.* 1517. *Apud Theodoricum Martinum Alustencem. Anterverp.*

[2] Voy. Cornelii van Bynkershök, *Opuscula*, tom. II, p. 78. Halæ, 1729.

[3] L. III, *Com. in Topic. Ciceron.*

Vulgo creditur, et hoc de Mancipatione, et aliud de in jure cessione fragmentum, quod utrumque in ipsis Caji Institutionibus hodie non exstat, solum Bœthium nobis servasse ; sed tutum est, ex quæ incidi in Commentarium *Cyni ad.* Tit. C. de Usucapione transformanda, *et ibi reperi ea ipsa fragmenta, descripta a Petro Jacobo de Ravani, quem Cynus auctorem laudat, quique ait,* se ea vidisse in libro Institutionum Caji, *Clar. Schultingius, cui eum indicavi, ad* Caji L. I, T. VI, § 3, *existimat, Petrum Jacobum de Ravani hæc* ἀποσπασμάτια *non ex Cajo exhibuisse, sed ex ipso Bœthio. Verum ego non satis causæ video, cur abroganda sit fides auctori, curque ipse non potuisset uti Cajo integriore, quam nos habemus. Utque id credam, me monet diversitas verborum, quæ in utraque formula occurrit, ipsa quoque Schultingio hic illic observata, sæpe etiam neglecta. Ex eodem Bœthio si sua produxisset Petrus Jacobus de Ravani, cur aliter, atque ipse, verba utriusque formulæ recitasset, cur item, splendide mendax, nobis fucum fecisset, non sum, qui animadvertam.*

Ainsi, d'après Bynkershök, deux fragments des Institutes originales de Gaius, l'un sur la *mancipatio*, l'autre sur la *cessio in jure*, se trouvent dans le commentaire de Cynus[1] sur le titre du code *De usucapione transformanda;* et Cynus lui-

[1] Cynus, jurisconsulte de la fin du XIIIe et du commencement du XIVe siècle, enseigna le droit à Bologne et à Pérouse.

même, les a empruntés à Petrus Jacobus de Ravani,[1] lequel disait qu'il les avait vus dans le texte même des Institutes de Gaius. Bynkershök n'admet pas que ce dernier jurisconsulte ait pu se vanter d'un fait qui n'était pas vrai : il en conclut que Ravani a connu un manuscrit original des Institutes de Gaius, mais comme il nous l'apprend lui-même, il n'a pas pu convaincre Schulting. Aujourd'hui la question me paraît jugée : quand on se reporte aux paragraphes de Gaius tels qu'ils se trouvent dans le manuscrit de Vérone, on voit de suite que le texte de Boëce[2] est parfaitement conforme à celui de ce manuscrit. Le texte de Ravani, au contraire, est différent de celui de Boëce, comme le fait remarquer Bynkershök. Il faut donc bien admettre que Ravani n'a pas connu les Institutes origi-

[1] Jacobus de Ravani, Lorrain d'origine, jurisconsulte du XIIIe siècle, enseigna le Droit à Toulouse.

[2] Voici le texte de Boëce (Lib. 3, *Com. in Topic. Cicer.*) :

Mancipi res veteres appellabantur, quæ ita abalienabantur, ut ea abalienatio per quamdam nexus fieret solemnitatem. Nexus vero est quædam juris solemnitas, quæ fiebat eo modo, quo in Institutionibus Cajus exponit. Ejusdem autem Caji, libro I. Institutionum de nexu faciendo hæc verba sunt : Est autem mancipatio, ut supra quoque indicavimus, imaginaria quædam venditio ; quod ipsum us proprium Romanorum est civium : eaque res ita agitur : adhibitis non minus quam quinque testibus, Romanis civibus, puberibus, et præterea alio ejusdem conditionis, qui libram æneam teneat, qui appellatur libripens. Is, qui mancipio accipit, æs tenens, ita dicit : Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo, isque mihi emptus est hoc ære æneaque libra. Deinde ære percutit libram, indeque æs dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.

nales de Gaius. D'ailleurs, s'il avait eu un manuscrit aussi précieux entre ses mains, il en aurait tiré un parti plus important : il ne se serait pas borné à faire connaître deux paragraphes qui, précisément, étaient déjà révélés par les commentaires de Boëce sur les Topiques de Cicéron.

On ne peut donc pas admettre que le texte original des Institutes de Gaius ait été connu à la fin du moyen-âge ; c'est Niebuhr qui, le premier, a découvert, en 1816, un manuscrit des Institutes de Gaius. Avant cette époque, les Institutes de Gaius ne nous étaient connues que par les emprunts qui leur avaient été faits, notamment par les compilateurs de la *Collatio legum Mosaïcarum et Romanarum*, puis par les rédacteurs du Bréviaire d'Alaric, ensuite par Boëce, le ministre de Théodoric, dans son commentaire sur les Topiques de Cicéron, enfin par les commissaires de Justinien qui composèrent les Pandectes.

§ 9

Le manuscrit des Institutes de Gaius.

51. Les palimpsestes. — 52. Comment on a découvert en 1816 le manuscrit palimpseste contenant les Institutes de Gaius. — 53. Travaux de déchiffrement de Bekker, Gœschen et Hollweg. — 54. Description du manuscrit. — 55. Le manuscrit de Vérone contient-il vraiment les Institutes de Gaius? Opinion curieuse d'un jurisconsulte anglais. — 56. Editions de Gœschen. — 57. Lecture du manuscrit par Bluhme. Mésaventure de ce savant. — 58. *Apographum* de Bœcking. — 59. Troisième lecture du manuscrit par Studemund.

51. — Le célèbre manuscrit de Vérone, contenant les Institutes de Gaius, est un palimpseste. On appelle ainsi tout parchemin ou papyrus sur lequel on a fait disparaître par un grattage la première écriture qui le couvrait pour la remplacer par une seconde. [1]

Au premier abord, on ne comprend pas bien de nos jours l'utilité de cette opération, de cette économie. Pourquoi ne pas respecter le parchemin déjà recouvert d'une écriture, sauf à prendre

[1] Palimpseste vient en effet de deux mots grecs qui signifient, le premier une seconde fois, de nouveau, et le second gratter, racler, effacer : πάλιν, ψάω.

un nouveau? Pour répondre à cette question, il faut remonter aux premiers âges de l'écriture. Ce furent des feuilles d'arbres (selon Pline, des feuilles de palmier) qui, les premières, reçurent les caractères inventés par l'homme pour fixer et perpétuer sa pensée. On ne tarda pas à utiliser, pour le même usage, l'écorce intérieure de certains arbres, notamment du tilleul. Celle-ci s'appelait *liber* et c'est de là qu'est venu le mot *livre*. Pour les actes les plus importants, les lois, par exemple, on employait des matières plus résistantes, le bronze, le plomb, le bois taillé en tablettes. On ne tarda pas à préférer aux feuilles et aux écorces des arbres un roseau qui croissait alors en abondance dans les marais de l'Egypte et qu'on rencontrait également en Syrie, en Sicile et en Calabre :[1] c'était le papyrus, avec lequel on fabriquait une sorte de papier qui reçut le même nom. A l'aide d'un instrument pointu, on séparait les fibres du papyrus, on les mouillait dans l'eau du Nil dont le limon tenait lieu de colle. Ces filaments étaient ensuite étendus sur une table où ils formaient une couche ; cette première couche en recevait une seconde posée à contre-fibre ; puis on pressait le tissu et on le faisait sécher au soleil. Ce n'était pas encore tout. Les feuilles ainsi préparées étaient trop spongieuses pour qu'on put y appliquer une écriture ; aussi devait-on les enduire au moyen d'une sorte de colle très légère.

[1] Aujourd'hui, ce roseau ne pousse plus dans ces contrées, ni même en Egypte.

De quelle époque date cet usage d'employer des membranes végétales pour l'écriture, on l'ignore. Varron qui vivait au temps de César, fait dater cette invention de l'époque de la fondation d'Alexandrie ; mais les anciens étaient déjà généralement d'accord pour admettre que cette découverte remontait à une bien plus haute antiquité. Ce qui est certain, c'est que l'idée d'employer des membranes végétales pour l'écriture, fit plus tard naître celle de se servir de membranes animales. Ptolémée, roi d'Egypte, avait fondé à Alexandrie une bibliothèque qui ne comptait, dit-on, pas moins de 700,000 volumes.[1] Attale, roi de Pergame, voulut illustrer son nom en créant une bibliothèque aussi magnifique que celle d'Alexandrie, mais Ptolémée ayant eu connaissance de ce projet en conçut une vive jalousie et pour s'opposer à sa réalisation, il défendit d'exporter le papyrus de l'Egypte. Les habitants de Bergame imaginèrent alors, dit-on, d'employer les peaux de brebis au lieu et place de papyrus. A cet effet, ils les soumirent à une préparation spéciale, les grattèrent avec un instrument tranchant et les polirent à la pierre ponce. On a contesté, il est vrai, que les Pergamiens aient inventé l'usage du parchemin, tout en admettant d'ailleurs qu'ils l'ont singulièrement perfectionné. Quoiqu'il en soit, l'invention fit de rapides

[1] Il est nécessaire de faire remarquer que dans l'antiquité les volumes étaient très minces et comprenaient très peu de matières. Un de ces volumes correspondrait à un chapitre d'un de nos livres.

progrès et l'on employa la peau d'un grand nombre d'animaux pour recevoir l'écriture.[1]

C'est ainsi qu'on était arrivé, dans l'antiquité, à employer le papyrus et le parchemin pour composer des livres.[2]

Chez les Romains, des ouvriers spéciaux, appelés *glutinatores* formaient les livres, en collant les feuilles de parchemin les unes au bout des autres, soit avant, soit après que ces feuilles avaient été couvertes d'écriture par les *librarii* ou copistes. Ces feuilles réunies formaient ainsi une longue bande. Les *glutinatores* attachaient à la dernière feuille un petit bâton cylindrique, fait de bois de léger saule ou sureau, autour duquel la bande entière pouvait se plier, c'est-à-dire s'enrouler ; de là le nom de *volumen* (de *volvere*, enrouler) donné au livre.[3]

[1] Quelques manuscrits arabes sont sur peau de gazelle. Mais, en général, on emploie comme parchemin, la peau de mouton, de brebis ou de chèvre, polie à la pierre ponce. La peau du veau mort-né ou du veau de lait donne le vélin beaucoup plus fin et plus blanc que le parchemin.

[2] Les anciens écrivaient aussi sur des tablettes de cire, soit avec un calame ou roseau, soit avec un instrument de métal, appelé stylet. Cet instrument était pointu par l'une de ses extrémité et applati de l'autre. La première servait à écrire; on employait la seconde pour effacer l'écriture et remettre de la cire. Ces tablettes recevaient les écritures les moins importantes, celles qui n'étaient pas destinées à voir le jour, les comptes de ménage ou autres, ceux des banquiers, les lettres familières, etc.

[3] Le cylindre qui retenait ainsi autour de son axe le livre plié en rouleau s'appelait *ombilic*, à cause de la position centrale qu'il occupait quand le volume était fermé.

Toutefois, indépendamment des volumes qui s'enroulaient, les anciens connaissaient aussi les livres carrés de la forme des nôtres et appelés *tomes* ou *codices*. Dans ces tomes, les feuillets, au lieu d'être collés bout à bout, étaient assemblés les uns au dessus des autres, battus à l'aide de marteaux par des ouvriers (*malleatores*), puis cousus ensemble et enfin serrés entre deux tablettes de bois qu'on recouvait d'une bande de parchemin blanc ou jaune. Les *codices* étaient toujours composés de feuilles de parchemin, tandis que les *volumina* étaient faits de *chartes*, c'est-à-dire de papyrus préparés à Alexandrie.

Les copistes écrivaient sur leurs genoux, sous la dictée d'une personne qui lisait à haute voix à un certain nombre d'entre eux. Ce procédé était plus rapide que celui de la transcription, mais il était la cause de fréquentes erreurs ou, comme on dit, de nombreuses coquilles. Les libraires de l'antiquité faisaient prendre un certain nombre de copies des ouvrages nouveaux qu'ils publiaient ; si le livre avait du succès, on multipliait les copies ; dans le cas contraire, le libraire faisait laver et gratter le parchemin employé aux exemplaires qu'il n'avait pas pu écouler et ce parchemin était ainsi mis en état de recevoir une nouvelle écriture. On appelle précisément *palimpsestes* les manuscrits qui ont été recouverts une seconde fois ou même une troisième fois de caractères écrits. Les palimpsestes ont donc été connus déjà dans l'antiquité et ne datent pas du moyen-âge. Les Romains

en pratiquaient l'usage et peut-être même avant eux les Grecs avaient-ils employé ce procédé. Dans une de ses lettres adressée à Trebatius, Cicéron plaisante agréablement ce jurisconsulte qui lui avait écrit sur un papyrus gratté[1] ; il loue Trebatius de son économie et se demande ce que pouvait contenir primitivement le papyrus. « Je ne suppose pas, dit-il, que vous grattiez mes lettres pour me faire vos réponses sur le même papier. Est-ce que par hasard vos affaires ne seraient pas brillantes ? Est-ce que le papier vous manquerait ? » De son côté, Plutarque compare un certain prince à un palimpseste où l'ancien caractère reparaît sous le nouveau. C'est qu'en effet les procédés de grattage ou de nettoyage étaient parfois assez imparfaits ; au bout d'un certain temps, l'écriture primitive reparaissait plus ou moins. Il est arrivé plus d'une fois que l'écriture ancienne, à peu près effacée, offrait plus d'intérêt que la seconde ; tel est le cas où celle-ci contient un ouvrage fort connu, tandis que la première se rapporte à un ouvrage perdu. C'est précisément aussi celui du manuscrit de Vérone dont la première écriture comprenait les commentaires de Gaius en grande partie perdus, tandis que l'écriture superposée était consacrée aux lettres de Saint-Jérôme dont on possède de nombreux exemplaires. L'érudition moderne est parvenue, par des procédés ingénieux, à effacer la seconde écriture et à faire reparaître la première.[2]

[1] *Litteræ*, liv. VII, lettre 18.

[2] Le livre de M. Daniel Ramée, intitulé : *Histoire de l'ori-*

52. — La bibliothèque du chapitre de Vérone est depuis longtemps célèbre par le nombre et l'importance de ses manuscrits qui se rapportent au droit. Les plus remarquables sont, sans contredit, les trois suivants dont le contenu a été rapporté dans l'*apographum* de Böcking :

1) Un manuscrit palimpseste, qui portait autrefois le numéro 15, inscrit aujourd'hui sous le numéro 13, où se trouvent les Institutes de Gaius sous les lettres de Saint-Jérôme ;

2) Une feuille manuscrite, traitant des prescriptions et des interdits et qui appartient aussi aux Institutes de Gaius ;

3) Deux feuilles manuscrites, reliées entre elles, contenant un fragment d'un juriconsulte inconnu, sur les droits du fisc. Ces deux derniers manuscrits avaient déjà été publiés dans un petit volume qui avait paru en 1758 sous le titre : *Vetera Paralipomena Mss. Codicum Capituli Veronensis, a Ioh. Jacobo de Dioniscis Veronensi canonico in unum collecta.* Le fragment sur les interdits et le fragment sur les droits du fisc avaient été découverts par Scipio Maffei. [1] Mais le manuscrit ren-

gine des inventions, des découvertes et des institutions humaines (Paris, chez Plon, 1875, 1 vol. grand in-8), donne à ce sujet des détails intéressants et précis aux mots *parchemin, papier, palimpseste.* — Dans un article intitulé *Paleographische und kritische Miscellen*, Bluhme indique les moyens à prendre et les précautions à employer pour déchiffrer les palimpsestes.Cet article a paru dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte, III*, p. 449 et suiv.

[1] Ce savant nous parle de ces deux manuscrits quand il

fermant les Institutes de Gaius n'avait fait l'objet d'aucune étude. Maffei en connaissait parfaitement l'existence et il savait même qu'il était palimpseste, comme cela résulte du catalogue fait par ce savant pour la bibliothèque de Vérone et revu après sa mort par Antonio Masotti.[1] Mais Maffei ignorait complètement ce que contenait la première écriture cachée par la seconde. Ce n'est pas tout. Les écrits de Maffei étaient, au commencement de ce siècle, à peu près complètement tombés en oubli, du moins en Allemagne et on avait notamment perdu de vue le manuscrit sur les interdits. Aussi

dit dans son étude sur les manuscrits de la bibliothèque de Vérone : *Più carte lacere e sciolte d'antico majuscolo, una della quali pare fosse d'un codice delle Pandette, ed altra d'un opera d'antico Giurisconsulto; quali codici se si fossero conservati; niente si ha in tal genere, che lor si potesse paragonare.* (Verona illustrata. Parte terza, Verona. 1732, in-8, cap. 7, p. 464). Maffei cite encore ces manuscrits dans son ouvrage intitulé : *Istoria teologica delle dottrine e delle opinioni corse ne' cinque primi secoli della Chiesa.* Trento. 1742, in-fol. p. 61 et 90 ; il en donne même un spécimen qui a été reproduit ensuite, mais en partie seulement et avec quelque négligence par les auteurs du *Nouveau traité de diplomatique*, Paris, 1757, t. III, p. 208, table 46.

[1] On lit en effet dans ce catalogue le passage suivant qui concerne notre manuscrit : *Multæ ex chartis codicem alium constituerant dilutis si quidem anterioribus literis ac deletis quæ nunc cernuntur superinductæ sunt, quod et in aliis codicibus animadverti pluries primæ scripturæ satis se prodente vestigio, ac si antiquitus adeo infrequenter occurerent ovinæ pelles ut nisi alterius interitu novus liber oriri non posset.* » — Ce catalogue existe encore en deux volumes avec le titre suivant : *Scipionis Maffei Biblioth. Manuscripta Capitaluris recognita, digesta, suppleta sub auspiciis Amplissimi Capituli ab Ant. Marotti, Bibl.* Veronæ MDCCLXXXVIII.

Haubold songea-t-il à publier ce manuscrit, ce qu'il fit à Leipsig en novembre 1816.[1] Pendant qu'Haubold préparait cette publication, Niebuhr faisait de son côté une découverte tout à fait inattendue et de la plus haute importance.[2] Ce grand historien avait été envoyé en 1816, par le roi de Prusse, auprès de la cour de Rome en qualité de ministre plénipotentiaire. A son passage à Vérone, il se fit représenter le manuscrit palimpseste, n° 13, et découvrit de suite que la première écriture se rapportait à l'ouvrage d'un ancien jurisconsulte. Il parvint même, sur le champ, au moyen d'une dissolution de noix de galle, à faire reparaître d'une manière si remarquable l'ancienne écriture de la feuille 97, qu'il put prendre copie de

[1] *Notitia fragmenti Veronensis de Interdictis. Auctore christiano Gottlieb Hauboldo*, Leipsig, 1816, *in Hauboldi opusculis academicis*, vol. 2, Leipsig, 1829, in-8, p. 327 à 346.

[2] Sur la découverte des Institutes de Gaius, cpr : *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenchaft, herausgegeben von Savigny*. Dritter Band. Berlin, 1817, p. 129 et suiv. — *Abhanlungen der historisch-philologischen Klasse der königlich-preussichen Akademie der Wissenschaften aus den Iahren* 1816-1817. Berlin, 1819, p. 307 et suiv. — *Göttingische gelehrte Anzeigen*, 1816, p. 2009 et suiv. ; 1817, p. 601 et suiv. ; 1818, p. 17 et suiv. et p. 1849. — *Leipsiger Literatur Zeitung*, 1816, p. 2529 et suiv. ; 1817, p. 2641 et suiv. — Conte Benlacqua Lacque, *Notizia d'alcuni frammenti di antica Guirisprudenza Romana scoperti nell' anno MDCCCXVII, fra i codici della Biblioteca del Capitolo canonicale in Verona*. Vicenza, 1817, in-8. — *Thémis ou Bibliothèque du Jurisconsulte*, I, 1820, p. 288 et suiv. Voyez aussi la préface de Göschen, pour sa première édition des Institutes de Gaius ; elle a été rapportée par Böcking dans son *apographum* et nous lui avons emprunté les développements qui précèdent.

sa découverte. Niebühr revit aussi et prit copie du manuscrit contenant un passage sur les interdits et qu'il n'hésita pas à attribuer à Gaius. Bien qu'il lui fut impossible d'obtenir de bonnes copies, à cause du temps qui lui manquait (il fit son travail en deux jours), cependant ces copies eurent l'avantage de faire connaître des fragments dont on ignorait l'existence. Niebühr communiqua le résultat de sa découverte à Savigny et celui-ci fit imprimer la copie qui avait été prise. Savigny joignit à ce texte ses remarques : il conjecturait que l'écriture primitive du numéro 13 contenait les Institutes de Gaius et que le manuscrit relatif aux interdits avait lui-même fait partie primitivement du manuscrit 13.[1] Cette nouvelle se répandit bien vite en Allemagne et provoqua un ardent désir de connaître les Institutes de Gaius. L'Académie de Berlin décida qu'elle enverrait deux délégués pour tirer parti de la découverte de Niebühr ; le philologue Bekker et le jurisconsulte Göschen furent chargés de cette mission. Ils quittèrent Berlin en mai 1817 et arrivèrent à la fin du même mois à Vérone.

53. — Le principal obstacle qu'ils rencontrèrent au début, ce fut le règlement de la bibliothèque. Ce règlement interdisait d'une manière absolue, à toute personne, d'emporter les manus-

[1] Voyez la *Zeitschrift für geschichtlische Rechtswissenschaft* de Savigny, III, p. 140 à 146 ; 150 à 158 ; 165 à 168 ; 172 et suiv.

crits à domicile et il n'ouvrait la bibliothèque au public qu'une heure par jour. Aussi le premier soin des délégués fut-il d'obtenir l'autorisation de faire de plus longues séances à la bibliothèque; ils demandèrent en outre au chapitre de Vérone la permission d'employer des moyens chimiques, notamment une dissolution de noix de galle, pour faire reparaître l'ancienne écriture. Toutes ces démarches reçurent satisfaction, mais seulement au milieu de juin. A partir de cette époque, et jusqu'au milieu d'octobre, sauf un léger intervalle, les deux savants furent occupés à déchiffrer le manuscrit. Ils furent puissamment secondés dans leur entreprise par Bethmann-Hollweg qui était alors un des étudiants les plus distingués de l'Université de Berlin et qui était venu par pur amour pour la science, offrir spontanément ses services aux délégués.

Les savants commencèrent par réviser le travail de Niebühr; puis ensuite ils se mirent à déchiffrer ce qui était inconnu, et ils réussirent dans ce travail, à ce point, qu'ils parvinrent à lire les huit neuvièmes du manuscrit.

La tâche entreprise présentait cependant les plus grands obstacles. D'abord le manuscrit était, comme on l'a dit, palimpseste ; les Institutes de Gaius étaient recouvertes par les Epîtres de Saint-Jérôme. La première difficulté provenait de ce que le texte de Gaius avait été lavé ou gratté ; on avait ordinairement lavé une des pages et gratté l'autre. L'altération était si profonde, qu'on éprouvait la

plus grande peine à retrouver le sens de chaque phrase, même à l'aide de l'ensemble du texte. Les savants ne tardèrent même pas à être convaincus que leur travail ne pourrait aboutir, si l'on n'employait un moyen chimique pour faire ressortir l'ancienne écriture. Niebühr avait eu recours, pour les essais auxquels il s'était livré, à la noix de galle, et les délégués de l'Académie de Berlin, après avoir essayé d'autres moyens chimiques plus énergiques, revinrent tout simplement à la méthode de Niebühr en la perfectionnant ; elle leur donna d'excellents résultats.

Mais il y avait une seconde difficulté à vaincre : un certain nombre de pages du manuscrit (63) contenaient jusqu'à trois écritures [1] : l'écriture primitive, celle des Institutes de Gaius, avait été lavée

[1] Quant au contenu de ces trois écritures, la première renferme un ouvrage de droit ; l'écriture intermédiaire et la plus récente contiennent la même matière savoir, des œuvres de Saint-Jérôme. Ainsi, le recto de la page 114 renferme les fragments d'une lettre de Saint-Jérôme adressée à Héliodore sur la vie solitaire ; le recto de la feuille 81 et celui de la feuille 65 renferment une partie d'une lettre à Pammachius ; la feuille 75 contient le commencement du livre contre Helvidius. Il peut paraître, au premier abord, extraordinaire que certaines feuilles renferment ainsi deux fois des passages de Saint-Jérôme. Voici toutefois comment on l'explique. Les feuilles du codex XIII, sauf la première et la dernière, formaient autrefois un volume de droit. Dans la suite un libraire qui avait entrepris la copie des œuvres de Saint-Jérôme, manquant de parchemin, prit des feuilles de ce manuscrit et les rendit propres à recevoir une seconde écriture ; après avoir commencé son œuvre, et copié quelques pages, il l'abandonna.

ou grattée pour céder la place à un ouvrage de théologie ; celui-ci avait eu ensuite le même sort et avait été remplacé par des fragments des Epîtres de Saint-Jérôme. Les trois écritures prenaient la même direction et se couvraient ainsi quelquefois, d'une manière complète. Il en résultait que souvent des passages entiers étaient indéchiffrables et que même pour les parties lisibles, il existait de nombreuses chances d'erreurs. Dans le but de les éviter, les délégués imaginèrent le moyen de vérification suivant : pendant que l'un lisait, l'autre écrivait et ensuite on changeait de rôle ; celui qui avait écrit parcourait dans le manuscrit ce qui venait d'être lu, et celui qui avait commencé par lire faisait les changements et additions nécessaires. Sans se décourager par cet aride travail, les délégués de l'Académie de Berlin firent ainsi trois lectures successives, et ils déclarèrent, dans la suite, que la troisième lecture fut couronnée de succès, d'abord, parce qu'ils étaient plus familiarisés avec ce genre de travail, ensuite, parce que l'action lente des produits chimiques rendait les caractères beaucoup plus nets qu'auparavant.

Quant le travail de lecture fut terminé, on reconstitua les feuilles dans leur ordre naturel, car, en effet, les feuilles du manuscrit de Gaius avaient été prises au hasard, pour recevoir les Epîtres de Saint-Jérôme. [1]

[1] Böcking a donné, dans la préface de son *Apographum*, un tableau de la distribution des feuilles du manuscrit.

Cet admirable travail, qui demandait autant d'intelligence que de patience, commencé au milieu de juin 1817, fut terminé le 2 octobre de la même année. On avait été obligé, vers la fin, de se hâter un peu à cause des vacances qui amenaient la fermeture de la bibliothèque.

La conjecture émise par Savigny était définitivement confirmée : on avait bien retrouvé les Institutes de Gaius. Bekker resta en Italie pour d'autres travaux. Göschen et Bethmann-Hollweg retournèrent à Berlin, rendirent compte de leur découverte à l'Académie et furent chargés de la publication des Institutes de Gaius ainsi que du fragment *De jure fisci*. [1]

54. — Le manuscrit ainsi retrouvé paraît fort ancien; l'écriture est onciale. Il date peut-être du cinquième siècle, mais il est certainement antérieur à Justinien. [2] Il se compose de 126 feuilles in-quarto. Toutefois, d'après une conjecture de Bethmann-Hollweg, le manuscrit devait en contenir primitivement, 129; comme on a retrouvé le commencement et la fin, ce sont certainement 3 feuilles du milieu qui font défaut. — Chaque feuille renferme en général 24 lignes et chaque ligne 39 à 45 lettres. Toutefois le recto de la feuille 17 ne contient que 23 lignes, celui de la

[1] On trouvera la traduction de leur rapport dans la *Thémis*, I, p. 287.

[2] Cpr. Kopp, *Zeitschrift für geschicht. Rechtswissenchaft.* IV. 473. — Huschke, *Jurisp. antej.* p. 96.

feuille 117, 14 lignes ; celui de la feuille 39, 11 lignes, et celui de la feuille 42, 13 lignes. Il est facile d'expliquer les lacunes de ces trois dernières feuilles (117, 39, 42), en faisant remarquer que ces feuilles renferment la fin d'un commentaire ; on a laissé le bas de la page en blanc pour commencer le commentaire suivant sur une page nouvelle. Cet état des feuilles 117, 39 et 42 sert même à établir que l'ouvrage était divisé en livres ou commentaires. D'ailleurs on en a aussi la preuve par des mentions comme celles-ci qui sont assez fréquentes dans le texte de l'ouvrage : *sequenti commentario referemus*, *superiore commentario tradidimus*, *primo commentario retulimus*.

Le nombre des lettres par ligne varie assez souvent. Certaines lignes contiennent un peu plus de 30 lettres, d'autres en renferment jusqu'à 45, mais la moyenne ordinaire est de 39 lettres par ligne. La première lettre de chaque page est, en général, plus grande que les autres, et en caractères majuscules, même si cette lettre ne commence pas un mot. Göschen avait même soutenu qu'il en était toujours ainsi, mais Böcking a relevé que sur un certain nombre de pages, la première lettre n'est pas plus grande que les autres. Les rubriques des titres sont écrites tantôt en lettres plus grandes (par exemple celle de la feuille 100, ligne 2), tantôt en lettres ordinaires (par exemple celle de la feuille 90, ligne 7), tantôt en lettres plus petites (par exemple celle de la feuille 27). Nous avons déjà dit que toutes ces lettres sont onciales.

Sur ces 126 feuilles, 62 contenaient trois écritures; toutes les autres étaient recouvertes de deux écritures, sauf une seule. Sur cette dernière page aucune écriture n'est superposée à celle du manuscrit de Gaius ; cette feuille porte sur un passage des interdits et elle se trouvait dans un autre rouleau que le reste du manuscrit. Nous rappelons qu'elle avait déjà été découverte longtemps avant l'ensemble du manuscrit dont elle avait été détachée. Elle avait été d'abord trouvée par Scipio Maffei[1], et plus tard mentionnée en l'an 1757, dans le nouveau traité de Diplomatique (III, p. 208.) et en 1816, par Haubold[2], quelque temps après le découverte de Niebühr, mais avant les travaux de Göschen.

Toutefois, on ne savait pas, avant la découverte du manuscrit, à quel jurisconsulte il fallait rapporter le fragment que contenait cette feuille isolée. Niebühr avait conjecturé qu'elle renfermait un fragment des Institutes de Gaius; et Savigny, après la découverte de Niebühr, avait même ajouté qu'elle devait appartenir au manuscrit qui contient le reste des Institutes. Ces conjectures ont été confirmées ensuite. Il se trouva que non seulement le format, l'écriture et le nombre de lignes étaient les mêmes, mais encore que le commencement de la 49e feuille finissait la phrase restée inachevée à la fin de la feuille détachée : celle-ci est donc bien la 48e feuille du manuscrit.

[1] *Istoria teologica.* 1742, p. 90.

[2] Cpr. Haubold, *Notitia fragmenti Veronensis de Interdictis.* Nov. 1816.

Tel que Göschen l'a publié, le manuscrit est loin d'avoir été complètement rétabli. A la suite des travaux de Bekker, Göschen, Bethmann-Hollweg, sur les 127 feuilles, 18 sont restées tout à fait indéchiffrables ; dans 8 ou 9 autres, on n'a pu lire que quelques mots ; le reste a été compris d'une manière plus ou moins satisfaisante. Dans la suite, Bluhme a entrepris un travail de révision et, grâce à l'emploi de nouveaux et violents réactifs, il est parvenu à combler quelques lacunes ; mais nous sommes loin de posséder tout le texte de Gaius, et il en manque bien encore la neuvième partie. [1] Le titre du manuscrit 13 faisant défaut, et la plupart des feuilles ayant été retrouvées dans un complet

[1] Voici le relevé des lacunes que présentait le manuscrit d'après Göschen : I. § 21, une page ; I. § 33, une page et 16 lignes ; I. § 46, une page ; I. § 73, 15 lignes ; I. § 76, 8 lignes ; I. § 78, 14 lignes ; I. § 131, 4 lignes ; I. § 133, 1 ligne ; I. § 136, 7 lignes : I. § 160, 3 lignes ; I. § 164, 1 ligne ; I. § 196, 1 page ; — II. § 14, 15 lignes ; II. § 26, 1 page ; II. § 112, 1 page ; II. § 149, 10 lignes ; II. § 151, 9 lignes ; — III. § 33, 15 lignes et 1 page ; III. § 43, 8 lignes ; III. § 45, 8 lignes ; III. § 46, 8 lignes ; III. § 81, 12 lignes ; III. § 84, 9 lignes ; III. § 95, 1 page ; III. § 156, 2 lignes ; — IV. § 14, 1 page ; IV. § 17, 3 lignes ; IV. § 31, 1 page ; IV. § 52, 7 lignes ; IV. § 53, 15 lignes ; IV. § 60, 2 pages ; IV. § 80, 1 page ; IV. § 114, 1 page ; IV. § 133, 1 page ; IV. § 166, 2 pages ; IV. § 170, 14 lignes ; IV. § 182, 8 lignes.

Toutefois, à l'aide de rapprochements faits avec la *Collatio legum*, les Institutes de Justinien, les Pandectes, on est parvenu à remplir quelques-uns des vides qui étaient encore restés ; et, d'après les dernières recherches, on peut dire qu'il nous manque seulement la treizième partie de l'ouvrage ; mais, par malheur, la moitié des lacunes se trouve dans le quatrième commentaire, qui est précisément le plus précieux.

désordre, on peut se demander si nous possédons le commencement et la fin des Institutes de Gaius. L'affirmative ne nous semble pas douteuse. Le commencement se trouve sur le recto de la 50e feuille du manuscrit de Saint-Jérôme. En tête de cette page, on lit le chiffre I et on relève une rubrique qui était probablement ainsi conçue : *De jure gentium et civili*. C'est bien là le commencement de l'ouvrage, quoique nous n'en possédions pas le titre général. Il est vrai que, dans les Institutes de Justinien, le titre *De jure gentium et civili* est précédé du titre *De justitia et jure*, mais celui-ci a été bien certainement emprunté par les commissaires de Justinien au jurisconsulte Ulpien. [1] Quant à la fin de l'ouvrage, nous prétendons qu'elle se trouve sur la feuille 42. En effet, la partie supérieure de cette feuille est seule couverte d'écriture et la partie inférieure contient des dessins analogues à ceux que les copistes avaient coutume de placer à la fin des manuscrits.

Quant à l'ordre des feuilles intermédiaires, Bethmann-Hollweg est parvenu à le reconstituer à l'aide d'un travail fort ingénieux. Il pense que le manuscrit primitif des Institutes de Gaius se composait de 16 fascicules, chacun de deux feuilles. Les quinze premiers fascicules formaient des quaterniones ; le dernier comprenait cinq doubles feuilles. Au bout d'un certain temps, lorsque le manuscrit commença à être en mauvais état, quelques

[1] Cpr. L. 10 et L 1 § 2, *De justitia et jure*, 1, 1.

doubles feuilles se détachèrent et furent perdues. C'est ainsi que manquent la première feuille du sixième quaternio, la première feuille du 9e, la quatrième feuille du 13e et enfin la dixième du 16e. Mais cette dernière perte n'est pas grave, car il est certain que sur la feuille précédente se trouve la fin de l'ouvrage, de sorte que la quatrième feuille perdue ne contenait aucune écriture. En résumé, il ne nous manque que trois feuilles du manuscrit de Gaius.

55. — Le manuscrit de Vérone ne contient pas le titre de l'ouvrage, ni le nom de l'auteur. On n'en a pas moins reconnu de suite qu'il s'agissait des Institutes de Gaius, et personne, en Allemagne, ni en France, n'a éprouvé le moindre doute sur ce point. Une seule voix s'est élevée avec force contre cette opinion : un jurisconsulte anglais, dans un moment de mauvaise humeur britannique, a écrit un article curieux inséré dans la Revue d'Edimbourg (décembre 1823) où, tout en maltraitant fortement l'érudition des Allemands, il prétend prouver que le manuscrit de Vérone ne contient pas les Institutes de Gaius. « Le manuscrit original, dit l'auteur de cet article, dont la traduction défigure malheureusement le cachet, n'a de titre dans aucune partie ; de telle sorte que les savants éditeurs sont tenus de prouver que les anciens caractères qu'ils ont copiés avec tant de peine, contiennent ces Institutes célèbres. La présomption générale est certainement contre eux ;

car les critiques germains sont également aptes à croire et à ne pas croire d'une manière peu judicieuse; ils sont à la fois étrangement crédules et capricieusement sceptiques. Aussi, tous les hommes raisonnables et qui connaissent la valeur réelle des théories teutoniques, des découvertes teutoniques, des fantaisies teutoniques, qui sont ainsi obligés de parler sous une forme paradoxale d'un peuple paradoxal, et de dire que la nation la plus ingénieuse et la plus sérieuse du monde est celle qui mérite le moins qu'on la croie ou qu'on se confie à elle; tous ces hommes seront portés à s'attacher avec obstination à cette idée : que toutes les fois que les Allemands démontrent, à grand renfort d'érudition et d'arguments qu'une chose doit être, précisément, en réalité, elle ne peut pas être. »[1]

L'article continue sous la même forme et dans le même style ; mais en définitive il ne prouve rien ; c'est qu'en effet, la ressemblance parfaite

[1] Ce savant anglais ne ménage pas plus les jurisconsultes français. Voici ce qu'il dit, dans le même article, à propos de la traduction des Institutes de Gaius en français par M. Boulet : « Le traducteur français nous apprend que Gaius n'a attiré qu'un peu tardivement l'attention en France. Dans ce pays, les jurisconsultes savants abondaient jadis ; à présent, ils sont très-rares. Quand le prêtre fut délogé, le soldat prit sa place, et si les choses, à tout prendre, furent jusqu'à un certain point améliorées, elles ne le furent pourtant pas au tant que l'avaient pensé les hommes avides d'espérances. M. Boulet parle en homme qui n'a pas grande confiance dans l'érudition de ses compatriotes. Les notes du traducteur sont courtes, maigres et peu importantes. »

qui existe entre les textes du manuscrit et ceux que l'on retrouve ailleurs comme extraits des Institutes de Gaius ne permet aucun doute. On n'a pu découvrir aucune contradiction. Ainsi, la *Collatio legum Mosaïcarum et Romanarum*, contient un passage des Institutes de Gaius ; or, on a retrouvé littéralement ce même passage dans le manuscrit de Vérone (feuilles 76 et 106). De même Boëce, dans le troisième livre de son commentaire sur les Topiques de Cicéron, cite deux passages des Institutes de Gaius ; ils sont tout à fait semblables dans les feuilles 7 et 116. Le Digeste renferme aussi quinze fragments des Institutes de Gaius que contient le manuscrit de Vérone. Enfin ce manuscrit présente une concordance parfaite avec le résumé de ces mêmes Institutes, inséré dans le Bréviaire d'Alaric et avec les Institutes de Justinien qui ont été copiées sur celles de Gaius. [1]

[1] La loi 28, *De adoptionibus*, 1, 7, extraite des Institutes de Gaius, ne se retrouve pas dans le manuscrit de Vérone ; mais c'est probablement parce qu'elle est écrite sur l'une des pages que l'on n'a pu déchiffrer. On a fait de cette loi le § 133 du Com. 1er, où il manque en effet une page.

Voici maintenant les passages des Institutes de Gaius que nous possédons en dehors des Institutes et qui se retrouvent dans le manuscrit 13 :

I. Premier commentaire.

A. Définition de la mancipation empruntée par Boëce à Gaius dans son Comm. sur les *Topiques* de Cicéron(cpr. Gaius I, § 118 à 121).

B. Priscianus, *in fine* lib. VI, dit aussi à propos de la mancipation : *qui libram æneam teneat* etc, en invoquant Gaius. — cpr : Gaius. I. § 112 à 115 :

C. Au Dig. on trouve les passages suivants :

Ainsi, il n'est douteux pour personne que le manuscrit palimpseste renferme les célèbres Institutes de Gaius ; et Göschen a rendu un service inappréciable à la science en publiant le manuscrit qu'il avait déchiffré avec tant de peine. Cette découverte a été le signal d'une ère nouvelle pour

L. 9. *De justitia et jure*, cpr. Gaius, I, § 1 à 3.
L. 1. *De statu hominum*, cpr. Gaius, I, § 3 à 16.
L. 3. *De statu hominum*, cpr. Gaius, I, § 3 à 16.
L. 6. *De statu hominum*, cpr. Gaius, I, § 3 à 16.
L. 1. *De his qui sui vel alieni juris*, cpr. Gaius, I, § 45 à 55.
L. 3. *De his qui sui vel alieni juris*, cpr. Gaius, I, § 53 à 55.
L. 2. *De adoptionibus*, cpr. Gaius, I, § 96 à 107.
L. 7. *De legitimis tutoribus*, cpr. Gaius, I, § 150 à 160.

II. Commentaire 2.

A. Le chap. de l'*in jure cessio* qui est dans Boëce, *loc. cit.*, se retrouve aux § 21 à 26 du Com. 2.

B. Au Digeste :

L. 37. *De usurpationibus*, cpr. Gaius, II, § 50 à 53.
L. 10. *De adquirendo rerum dominio*, cpr. Gaius, II, § 83 à 92.
L. 4. *Qui testamenta facere possunt*, cpr. Gaius, II, § 112 à 117.

III. Commentaire 3.

A. Le chap. sur les successions légitimes que l'on trouve dans la *Coll. legum Mosaïc. et Rom.*, tit. XVI, § 2, existe en grande partie aux § 5 à 17.

B. L. 2. *De oblig. et act.*, cpr. Gaius, III, § 130 à 141,

Restent encore d'autres rapprochements qui demandent quelques explications, ce sont les suivants.

I. Sur le 1er Com. — La loi 28. *De adopt.* formait entièrement les §§ 133-134 qu'il a été complétement impossible de relire dans le manuscrit.

II. Sur le 2e Com. — L. 1. *De div. rer.* On trouve des fragments de ce texte dans les §§ 9 à 14 que l'on n'a pu lire que d'une manière tout à fait imparfaite.

III. L. 13. *De injusto, irrito, rupto test.* Cette loi formait sans doute le § 132 Inst. de Gaius.

les études historiques de droit romain : elle a opéré la révolution produite il y a trois siècles par Dutillet lorsqu'il publia les fragments d'Ulpien. Mais on manquait encore de renseignements sur un grand nombre de points, sur le droit antérieur à Ulpien, qui vécut seulement après Gaius.

Les Institutes de Gaius ont comblé la plupart des lacunes, surtout dans la théorie des personnes et dans celle des actions. Nous connaissons maintenant le droit romain tel qu'il existait au temps d'Antonin le Pieux et de Marc-Aurèle.

56. — La première édition des Institutes de Gaius a été publiée par Göschen. Le savant professeur avait été chargé de ce soin par l'Académie de Berlin et il fut secondé dans sa tâche par M. de Savigny, par M. Bethmann-Hollweg et par le célèbre philologue Buttmann. Cette première édition a été faite avec le plus grand soin. En marge du texte, M. Göschen a indiqué par des chiffres romains à quelle feuille du manuscrit chaque paragraphe correspond. Quand une lacune se présente, il fait connaître le nombre de lignes et de mots qui font défaut. Enfin, pour éclaircir les Institutes, M. Göschen a rapproché des commentaires de Gaius un certain nombre de textes extraits d'autres sources ; certaines notes sont aussi employées à des *fac simile* ou à des interprétations de phrases ou de mots douteux.

En 1824 Göschen a publié une seconde édition, dans laquelle il a tenu compte de la révision

du manuscrit faite par Bluhme en 1821 et en 1822. Il faut nous arrêter un instant à cette seconde révision qui a aussi son importance. [1]

57. Bluhme s'était rendu à son tour à Vérone pour y étudier le manuscrit de Gaius. Il se trouvait dans cette ville pour la seconde fois et y terminait ses travaux en 1822, précisément au moment où siégeait le fameux congrès de Vérone. Le 16 octobre, notre savant portait lui-même à la poste une lettre adressée à Hugo, qui contenait le résultat de ses travaux. Déjà quelques jours auparavant, par une lettre du 10 octobre, il avait prévenu Göschen de cet envoi. Aussi s'attendait-il à recevoir une réponse prochaine. Il n'en fut pourtant rien ; la lettre n'arriva pas à Göttingue, mais Bluhme n'apprit cette mésaventure que longtemps après, au mois de février suivant, alors qu'il avait entrepris de longs travaux à Verceil, qu'il avait fait plusieurs voyages et était enfin venu s'établir à Rome. C'est dans cette dernière ville qu'il connut la perte de sa lettre. Tous les moyens furent aussitôt mis en œuvre pour la retrouver. Niebühr employa son

[1] Bluhme nous a lui-même rendu compte de ses travaux sur le manuscrit de Gaius dans un article publié par la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* de Rudorff (III, p. 446) publié sous le titre : *Mélanges paléographiques et critiques* (*Paleographische und kritische Miscellen.*) Göschen aurait pu parler de ces travaux de Bluhme dans sa seconde édition, d'autant plus qu'il les avait utilisés. Mais Bluhme nous apprend qu'une mésintelligence survenue entre les deux savants l'empêcha probablement de rompre le silence et il ajoute qu'il publie son article pour accomplir un devoir de réconciliation.

influence personnelle à Vienne ; Bluhme fit agir les intermédiaires les plus influents auprès du directeur des postes de Vérone et du directeur général des postes de la Vénétie. Partout on répondit qu'on n'avait jamais entendu parler de cette lettre et on soutint même à Vienne, qu'elle n'avait pas été mise à la poste. Bluhme se contenta de répondre qu'il l'avait lui-même portée et affranchie. Voici comment il explique la disparition de cette lettre : « Bien qu'il n'y eût pas encore à cette époque, à la tête de la direction des postes, un Kallab qui devait plus tard retenir entre ses mains des milliers de lettres, cependant, déjà l'ouverture des lettres était à l'ordre du jour. A ce moment où se tenait le congrès, il m'avait même été très difficile d'obtenir l'autorisation de séjourner à Vérone. Mes reproductions des passages les plus obscurs de Gaius avec leurs lettres souvent inachevées, les traits de plume, les points, les interrogations, tout cela parut aux hommes logiques de la poste, former une écriture chiffrée d'une invention nouvelle. N'avait-on pas, déjà huit ans auparavant, supprimé une lettre que Mendelsohn avait confiée à la poste vénitienne, parce que cette lettre renfermait des notes de musique ? Ce qui fut peut-être le plus compromettant pour ma lettre, c'est qu'en parlant de mes travaux sur l'une des trois constitutions grecques de Justinien, récemment découvertes sur un palimpseste de Vérone, je disais que j'espérais en avoir bientôt fini avec elle. »

Cependant cette perte qu'éprouva Bluhme à la suite du conflit né entre Gaius et le congrès de Vérone, ne fut pas complète. Elle porta surtout sur la fin du troisième commentaire et sur le quatrième. Mais Bluhme avait conservé entre ses mains un grand nombre de notes volantes où se trouvaient les passages les plus obscurs du manuscrit. Le savant n'en avait pas moins perdu, du moins en partie, le fruit d'un travail ingrat et pour lequel son ardeur ne s'était maintenue, nous dit-il, que grâce à la pureté du soleil d'Italie !

L'attitude de Göschen fut un peu étrange dans cette circonstance. Il essaya de consoler assez légèrement Bluhme de sa mésaventure, se bornant à lui écrire: « Vous avez employé les moyens les plus sûrs pour retrouver vos travaux sur Gaius (16 mars 1823). » Entend-il dire à Bluhme qu'il est difficile de retrouver une lettre lorsqu'elle n'a pas été écrite ? Il semble, dans tous les cas, que Bluhme n'ait pas donné à cette réponse une interprétation satisfaisante, puisqu'elle a été suivie d'une mésintelligence entre les deux savants. Il n'est pas permis cependant de douter de la sincérité de Bluhme, mais on peut s'étonner qu'il ne se soit décidé à rompre le silence qu'au bout de quarante ans et alors que tous ceux qui ont été témoins de l'aventure ou du moins l'ont connue, sont morts. On n'en avait, en effet, parlé que quelque temps et pour en rire, puis elle était tombée dans l'oubli. Vingt ans plus tard, lorsque Lachmann prépara la troisième édition de Göschen,

il fit demander à Bluhme communication des notes qui lui restaient sur Gaius, parce que les papiers de Göschen ne lui paraissaient pas bien complets.[1]

58. — On peut donc dire qu'il a été fait deux études successives sur le manuscrit de Gaius, la première par Göschen, la seconde par Bluhme. A la suite de ces travaux, Böcking a publié un *apographum* ou fac-simile du manuscrit de Vérone. L'auteur a composé ce travail avec le fac-simile que Göschen et Hollweg avaient déjà pris autrefois à Vérone et qui avait été reproduit à Berlin, mais avec une certaine négligence. Bluhme avait aussi pris un fac-simile, mais perdu en grande partie, comme on vient de le voir. C'est de ces travaux que c'est servi Böcking pour publier à son tour son *apographum*. Il a eu soin de relever ce qui vient de Göschen et ce qui vient de Bluhme. Böcking a eu à sa disposition l'exemplaire de Göschen que Bluhme avait annoté à Vérone sur le vu du manuscrit et il nous apprend qu'il aurait pu tirer un plus grand profit de ces notes si elles

[1] Ces papiers sont déposés à la bibliothèque royale de Berlin. — Bluhme nous dit à ce propos : « Lachmann a tellement exagéré la valeur de ces notes, qu'il les a assimilées aux travaux que j'avais faits à Vérone et qui étaient en partie perdus. Il n'est donc pas étonnant qu'avec l'esprit d'investigation qui le caractérise, il ait découvert quelques contradictions, par exemple pour les numéros et pour la reproduction de certains manuscrits; c'est là un fait que je tenais simplement à constater, sans vouloir en exagérer l'importance. »

n'avaient pas été écrites à l'encre rouge et si elles n'avaient pas été en partie effacées par l'eau. [1]

Chaque page de l'*apographum* de Böcking correspond à une page du manuscrit de Vérone; chaque ligne de l'*apographum* à une ligne du manuscrit. On a eu soin de placer en marge et en initiales les lettres qui se présentent ainsi dans le manuscrit; ce qui n'a pas pu être déchiffré, est rempli par de simples traits à l'encre; on s'est attaché à être exact, au point de reproduire les moindres corrections, les ratures, les surcharges du manuscrit.

En rendant compte de ces travaux dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, [2] Bethmann-Hollweg s'attachait d'autant plus à louer ceux qui les avaient entrepris, qu'à son avis il n'était plus possible de renouveler de semblables travaux. « Toute l'écriture primitive a de nouveau disparu et on ne peut plus lire que celle des lettres de Saint-Jérôme. Si l'on essayait, ajoutait-il, de recommencer les travaux de Göschen et de Bluhme, on aurait beaucoup moins de chances de succès, par cela même que les réactifs ayant produit une première fois leur effet, on ne pourrait plus faire ressortir les anciens caractères. »

59. — Cette prédiction a cependant reçu un éclatant démenti. Un savant philologue, M. Stü-

[1] On voit que Bluhme a joué de malheur dans ses travaux sur Gaius.

[2] Tome V, p. 362.

demund, aidé des conseils de Th. Mommsen et de Krüger, a entrepris une troisième lecture du manuscrit et cette lecture a produit d'heureux résultats. Sans doute Stüdemund n'a pas comblé de grandes lacunes et il n'a même pas sensiblement amélioré la leçon des pages à peu près illisibles. Mais il a rempli un grand nombre de petites lacunes, confirmé des leçons jusqu'alors douteuses, rendu certaines interprétations inadmissibles, en un mot, il nous a fait connaître, encore mieux que ses devanciers, les Institutes de Gaius [1]. Ainsi, nous connaissons mieux l'acquisition du *jus Quiritium* par les Latins Juliens [2] ; nous savons qu'il faut lire loi *Fufia Caninia* et non *Furia* [3] ; il règne un peu moins d'obscurité sur la question du *majus* et du *minus Latium*.[4] Nous avons aussi obtenu quelques éclaircissements sur la forme de l'adoption autre que la *remancipatio patri* [5] : nous savons que le paragraphe 19 du Commentaire 2 parle de l'aliénation *pleno jure* des *res mancipi plena traditione* ; le paragraphe 58 du même Commentaire nous

[1] On trouve un tableau des principaux passages où Stüdemund a lu quelque chose de nouveau dans l'édition de Gaius publiée par Dubois, à la fin du volume.

[2] *Com.* I, § 32, 33, 34.

[3] *Com.* II, § 42.

[4] *Com.* I, § 96. — Les difficultés soulevées par cette question ont fait l'objet d'une intéressante étude de M. Edouard Beaudouin, *le Majus et le Minus Latium*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, III, p. 1 et suiv. ; 111 et suiv.

[5] *Com.* I, § 134.

apprend qu'il est impossible d'usucaper *pro herede*, lorsqu'il existe un héritier nécessaire et ce texte, confirmé par le paragraphe 201 du Commentaire III, a servi de base à une ingénieuse étude de notre ami regretté Dubois sur la *saisine héréditaire en droit romain*. [1] Sur la formule de la mancipation, [2] sur la formule de la *familiæ emptio*, [3] sur la rupture du testament sans forme, [4] sur la formule de la libération *per æs et libram*, la lecture de Stüdemund a amené quelques améliorations. Enfin il faut encore relever ce qui concerne les droits du fils de la patronne, *liberis honoratus*, [5] le nom de la loi *Ciceria*, [6] le calcul de l'*annus retrorsus* dans l'interdit *utrubi*, [7] l'interdit *unde vi*, [8] les interdits *cum periculo* ou *sine periculo*, [9] les *interdicta secundaria*. [10]

On voit que la lecture de Stüdemund a produit d'assez sérieux résultats. Dès 1869, ce savant en avait laissé entrevoir quelques-uns au congrès des philologues allemands tenu à Würtzburg. Mais ce fut seulement en 1874 qu'il donna le texte complet de Gaius, révisé et transcrit par lui et qu'il publia à son tour à Leipzig un *apographum*.

[1] Dans la *Nouvelle Revue historique de droit*, V, p.
[2] *Com.* I, § 19.
[3] *Com.* II, § 104.
[4] *Com.* II, § 151.
[5] *Com.* III, § 53.
[6] *Com.* III, § 123.
[7] *Com.* IV, § 152.
[8] *Com.* IV, § 155.
[9] *Com.* IV, § 163, 164, 165.
[10] *Com.* IV, § 170.

§ 10.

Editions des Institutes de Gaius.

60. Editions publiées d'après la lecture de Göschen. — 61. Editions publiées d'après la lecture de Bluhme.— 62. Editions publiées d'après la lecture de Stüdemund.

60. — On vient de voir que le manuscrit de Vérone a fait successivement l'objet de trois lectures, la première par Göschen, la seconde par Bluhme et la troisième par Stüdemund. Chacune de ces lectures a produit une leçon et chacune de ces leçons a donné naissance à un certain nombre d'éditions.

Les éditions publiées d'après la lecture de Göschen, Bekker et Bethmann-Hollweg sont peu nombreuses. Il n'est plus aujourd'hui intéressant de citer que l'édition *princeps*, publiée par Göschen à Berlin en 1820.

61. — Dès l'année suivante, en 1821 et 1822, Bluhme lisait à son tour le manuscrit et alors parurent un grand nombre d'éditions auxquelles sa leçon servit de base. Nous relevons parmi les

éditions de ce second groupe, en Allemagne, la seconde édition de Göschen (Berlin, 1824) et la troisième, publiée par Lachmann (Berlin, 1842); celle de Heffter, en 1830;[1] celle de Klentz, en 1829; les cinq éditions de Böcking, parues, les trois premières à Bonn, en 1837, 1841 et 1850, les deux dernières à Leipsig, en 1855 et 1856; la première édition de Gneist (Leipsig, 1858); les deux premières de Huschke, dans son recueil intitulé : *Jurisprudentiæ antejustinianæ quæ supersunt* (Leipsig, 1861 à 1867). En France, cette seconde leçon de Bluhme, réunie à celle de Göschen, a servi pour les éditions de MM. Blondeau,[2] Laboulaye,[3] Ducaurroy,[4] Pellat,[5] Giraud.[6]

Chez nous les Institutes de Gaius ont fait, en outre, l'objet de quelques travaux particuliers. Ainsi M. Pellat s'est attaché, dans ses éditions, à rapprocher les textes de Justinien et de Gaius, travail qui, d'ailleurs, a aussi été entrepris à l'étran-

[1] Toutefois, dès 1827, Heffter avait publié le commentaire IV de Gaius. Puis il fit paraître à Bonn, en 1830, les quatre commentaires de Gaius, dans le *Corpus juris civilis antejustinianei.*

[2] L'édition de Gaius de Blondeau a paru dans ses *Institutes de Justinien*, suivies d'un choix de textes juridiques. Paris, 1839.

[3] Laboulaye a inséré les Institutes de Gaius dans ses *Flores juris antejustinianei.* Paris, 1839, 1 vol. in-32.

[4] Ducaurroy a inséré les Institutes de Gaius dans son *Juris civilis enchiridium ad usum prælectionum.* Paris, 1850, 1 vol. in-8.

[5] Pellat a publié successivement trois éditions de Gaius, dans son *Manuale juris synopticum.* Paris, 1834, 1852, 1874.

[6] Dans son *Echiridion juris romani.* Paris, 1873.

ger, notamment par Schwindener,[1] par Potter van Loom[2], par Böcking et Klentz.[3]

Les Anglais et les Italiens n'ont jamais donné une grande attention aux Institutes de Gaius. On ne peut pas relever une seule édition importante de l'autre côté des Alpes. Parmi les éditions anglaises nous citerons celle de M. Poste en 1875 et celle de M. Abdy et Walker en 1876. Mais dans ces éditions, on a eu le tort de suivre la première de Gneist, sans tenir compte des travaux de Stüdemund.

62. — Les éditions publiées d'après la lecture de Stüdemund sont, jusqu'à ce jour, au nombre de six. En 1876, M. Polenaer publiait à Leyde une édition comprenant les trois premiers livres de Gaius, dans laquelle il avait mis à profit la lecture de Stüdemund.[4] Il devançait ainsi Stüdemund lui-même et, bientôt après, M. Goudsmit publiait une intéressante comparaison entre la leçon nouvelle et l'ancienne. Ces deux savants hollandais ont fait preuve d'un esprit ingénieux et hardi.[5] M. Stüdemund, assisté de M. Krüger, a fait paraître son édition de Gaius à Berlin, en 1876.[6] Dans sa troi-

[1] *In Annal. Gron.*, 1821.

[2] *Collat. Inst. Justiniani cum Gaii Inst.* Groningue, 1825.

[3] *Gaii et Justiniani Inst. juris romani recog., annot., adject.* Berlin, 1829.

[4] Dans cette édition hollandaise, les Institutes de Justinien sont placées en regard de celles de Gaius.

[5] Le travail de Goudsmit a été traduit en allemand.

[6] *Gai Institutiones ad codicis veronensis apographvm Stvde-*

sième édition (Leipsig, 1877) et dans la quatrième (Leipsig, 1879) de sa *Jurisprudentia antejustinianea*, Huschke a eu soin de tenir compte de la leçon de Stüdemund et Gneist a imité le même exemple pour sa seconde édition parue à Leipsig en 1880. Dans la même année une nouvelle édition des Institutes de Gaius, faite d'après les travaux de Stüdemund, paraissait, en Écosse, par les soins de M. Muirhead. Enfin, en France, Dubois publiait aussi les Institutes de Gaius en 1881, d'après l'*apographum* de Stüdemund. Cette dernière édition est certainement la plus remarquable que nous possédions. Dubois s'est surtout attaché à publier un texte rigoureusement conforme au manuscrit, tout en donnant en même temps dans des notes, le tableau le plus complet des travaux critiques dont les Institutes de Gaius ont été l'objet depuis la découverte de Niebuhr. A cet effet, il n'a reproduit, dans le texte même des Institutes, que ce qui résulte de l'*apographum* de Stüdemund, sans y rien ajouter ni corriger et sans en rien retrancher. Le texte est présenté avec une fidélité

mvndianvm in vsvm scholarvm edidervnt Pavlvs Krveger et Gvilelmvs Stvdemvnd. Berlin, Veidmann, 1877. Forme le 1er vol. (in-12) d'une collection de textes de droit antejustinien. Quant à l'*apographum* de Stüdemund, il avait été publié dès 1874 en un vol. in-fol. sous le titre suivant : *Gaii institvtionvm commentarii qvattvor codicis veronensis denvo collati apographvm confecit et ivssv academiæ regiæ scientiarvm berolinensis edidit Gvilelmvs Stvdemvnd. — Accedit pagina codicis veronensis potographice efficta. Prostat Lipsiæ apud Salomonvm Hirzel*, 1874, 1 vol. in-quarto.

scrupuleuse, tel qu'il a pu être déchiffré. La longueur des passages illisibles est exactement mesurée. Les incertitudes sont reproduites. Même les lettres isolées et inintelligibles sont fidèlement mises à leur place et permettent au lecteur de se livrer à ses propres conjectures. En un mot, Dubois a voulu que chacun eût le manuscrit sous ses yeux. Quant aux notes, elles reproduisent presque toutes les restitutions proposées, même celles que les découvertes de Stüdemund ont discréditées. Tous les travaux des jurisconsultes français, allemands, hollandais, écossais ont été mis à profit et utilisés et, bien entendu, l'auteur ne s'est pas interdit d'y joindre ses observations personnelles. Cette publication fait le plus grand honneur à la science française et elle nous permet de nous rendre compte de l'importance de la perte que nous avons subie lorsque le jeune professeur de la faculté de droit de Nancy, frappé par une mort prématurée, est descendu dans la tombe quelques mois après avoir publié cette œuvre remarquable, ne laissant dans les diverses facultés où il avait enseigné, que des amis unanimes pour pleurer sa perte.

Pour compléter ces notions, il faut ajouter que les Institutes de Gaius ont été traduites en français par M. Boulet[1] et par M. Pellat.[2] M. Domenget[3] a

[1] Boulet, *Inst. de Gaius récemment découvertes dans un palimpseste de la bibliothèque du chapitre de Vérone, et traduites pour la première fois en français, avec des notes destinées à faciliter l'intelligence du texte.* Paris, 1827, vol. in-8.

[2] Pellat, *Traduction des Inst. de Gaius.* Paris, 1844.

[3] Domenget, *Institutes de Gaius*, contenant le texte et la

également fait paraître une traduction à laquelle vient se joindre un commentaire. Ce commentaire complet est le premier travail de ce genre qui ait été entrepris sur les Institutes de Gaius ;[1] il n'en a pas encore été publié en Allemagne ; mais nos voisins d'outre-Rhin ont fait paraître une foule de monographies fort intéressantes dont nous avons donné l'énumération dans la bibliographie placée en tête de ce travail.

traduction en regard, avec le commentaire au dessous, 1 vol. in-8. Paris, 1866, chez Marescq. — Une première édition de cet ouvrage avait déjà paru en 1847.

[1] On peut dire que, sous ce rapport, M. Domenget a rendu un véritable service à la science. Mais il est regrettable que le savant auteur n'ait pas tenu compte des dernières éditions de Gaius publiées en Allemagne ; nos voisins d'outre-Rhin lui ont déjà fait ce reproche (cpr. Huschke, *Jurisp. antej.*, 1867, p. 100). Depuis les dernières découvertes, le travail de M. Domenget est devenu tout à fait insuffisant. Aussi devra-t-il être repris. Une pareille œuvre est de nature à passionner un romaniste. On peut même s'étonner que les professeurs chargés du cours des Pandectes ne prennent pas plus souvent comme base de leur enseignement un des commentaires de Gaius. M. Pellat avait autrefois expliqué les Institutes de Gaius à ce cours et il s'était même proposé de publier le résultat de ses recherches. Mais il n'a pas donné suite à ce sujet.

§ 11.

Écrits de Gaius autres que ses Institutes.

63. Énumération de ces ouvrages. — 64. Sous quel règne ont-ils été composés?

63. — Les Institutes de Gaius sont le seul de ses ouvrages qui nous soit arrivé intégralement : nous ne possédons que des fragments épars de ses autres travaux insérés dans le Digeste (535 fragments). Nous nous bornerons à les mentionner d'une manière rapide ; il serait d'ailleurs difficile de donner des détails sur des traités à peu près inconnus. Les principaux ouvrages de Gaius dont nous possédons des fragments plus ou moins nombreux ou même dont le simple titre est arrivé jusqu'à nous, sont les suivants :

A). *Libri* VII *Rerum quotidianarum* ou *Aureorum* (26 fragments au Digeste).[1] Les commissaires de Justinien ne nous ont conservé que des frag-

[1] On trouve l'énumération des fragments dans l'*Historia juris romani chronologica* de Godefroy, insérée en tête de son édition du *Corpus juris civilis*.

ments des trois premiers livres de cet ouvrage qui a aussi joui d'une grande renommée. Le premier titre sous lequel on le désigne (*Libri* VII *Rerum quotidianarum*) nous montre qu'il s'agissait d'un traité de pratique ; il est probable que ces livres formaient un ouvrage élémentaire de pratique, comme les Institutes formaient un ouvrage élémentaire de théorie. Quant au second titre (*Libri* VII *Aureorum*), on suppose qu'il n'a pas été choisi par Gaius lui-même : il aurait été donné à ces livres par la postérité, à cause du crédit dont ils jouissaient. Ce qui est certain, c'est que les commissaires de Justinien en ont également tiré profit pour la rédaction des Institutes de cet empereur. « *Quas ex omnibus antiquorum Institutionibus* » nous dit Justinien, dans sa *Const. imperatoriam majestatem* (*Prœm. Inst.* § 6) « *et præcipuæ ex commentariis Gaii nostri tam Institutionum quam* Rerum quotidianarum, *aliisque multis commentariis compositas, cum tres prædicti viri prudentes nobis obtulerunt, et legimus, et cognovimus, et plenissimum nostrarum constitutionum robur eis accommodavimus.* »[1]

Aussi, certains jurisconsultes ont pensé que les *Libri rerum quotidianarum* se confondaient dans une certaine limite avec les Institutes de Gaius. Ainsi d'après Mackeldey,[2] ces *Res quotidianæ* étaient un nouveau travail sur les Institutes, contenant des additions, des rectifications et des

[1] Cpr. Bluhme, dans la *Zeitschrift für geschischt. Rechtswissenschaft*, VI, p. 266.

[2] *Manuel de droit romain*, § 47, note *c*.

explications de certaines matières. Déjà, autrefois, Conradi [1] avait prétendu que sous ce nom de *Libri* VII *Aureorum* on aurait aussi compris les quatre livres des Institutes. C'est qu'en effet, on ne trouve au Digeste que des extraits des trois premiers livres des *Aurei ;* et cependant, d'après l'index de la Florentine, comme nous l'avons déjà dit, il en existait sept à l'origine. [2]

Tout le monde rejette aujourd'hui cette conjecture de Conradi ; mais on reconnaît généralement que cet ouvrage de Gaius était conçu dans le même esprit que les Institutes : il formait un traité élémentaire. Aussi on y retrouve les mêmes matières, à peu près dans le même ordre, mais souvent avec des développements plus considérables. Le premier livre était consacré à la théorie des personnes ; le second et le troisième, à celle des choses ; les hérédités et les obligations faisaient l'objet des livres suivants.

B). *De casibus liber singularis* (7 frag. au Digeste). Cet ouvrage paraît avoir été beaucoup moins important que le précédent.

Si on se reporte aux textes qui en sont extraits, on remarque que Gaius cite, ou bien des hypothèses imaginaires, ou bien des cas qui se sont présentés devant d'autres jurisconsultes. Cela prouve bien, une fois de plus, que Gaius était

[1] *Parerg.*, I, 7.

[2] Cpr Bach, *Hist. juris rom.*, Lib. 3, Cap. 2, Sect. 5, § 14, note G. — Hugo, *Magazin*, VI, n° 14. — Göschen, *Zeitschrift*, I, 4.

homme de théorie et non de pratique. Si Gaius avait postulé en justice, comme nous dirions aujourd'hui, si surtout il avait obtenu le *jus respondendi*, comme le pensent à tort beaucoup d'auteurs, cet ouvrage de Gaius aurait eu une bien plus grande étendue et surtout un caractère différent.

C). *Libri ad Edictum prætoris urbani* (46 frag. au Digeste). D'après certains jurisconsultes, Gaius aurait commenté toutes les matières de l'édit prétorien en suivant les mêmes divisions et le même ordre que l'édit lui-même. D'autres, au contraire, pensent que Gaius a fait des commentaires partiels de l'édit du *prætor urbanus :* il a expliqué seulement certains titres de cet édit. Il suffit, dit-on, pour s'en convaincre, de se reporter au Digeste : on y voit que les fragments extraits de cet ouvrage de Gaius sont le plus souvent insérés avec désignation du titre commenté.[1] En outre, dans plusieurs textes, on découvre que Gaius avait lui-même divisé son commentaire sur tel titre de l'édit en un certain nombre de livres, ce qui indique

[1] Ainsi : Tit. *De prædiatoribus* (L. 54, *De jure dotium*, 23, 3) ; *Ad tit. De publicanis* (L. 19. *De action. empti*, 19. 1 et L. 5, *De publican. et vectigal*, 39, 4) ; *Ad titulum de liberali causa* (L. 13, *Ad exibendum*, 10, 4) ; *Ad tit. De aquæ pluviæ arcendæ* (L. 13, *De aqua et aquæ pluviæ arcendæ*, 39, 3) ; *Ad tit. De damno infecto* (L. 8 et 19, *De damno infecto*, 39, 2) ; *Ad tit. De re judicata* (L. 7, *De re judicata*, 42, 1) ; *Ad tit. De operis novi nunciatione* (L. 9, *De operis novi nunciat.*, 39, 1) ; *Ad tit. Qui neque sequantur, neque ducantur* (L. 48, *De verborum sign.*, 50, 16).

bien une méthode particulière.[1] Il vaut donc mieux décider que Gaius avait composé sur l'*edictum urbanum* une série de monographies distinctes. Sans doute, certains textes, très peu nombreux, sont indiqués comme extraits simplement du commentaire de Gaius sur l'édit du préteur urbain,[2] mais c'est probablement par suite d'une négligence des compilateurs.

De ces deux opinions, je préfère la première. Gaius avait fait un seul travail sur l'édit urbain, et dans l'ordre de cet édit ; si certains textes parlent de plusieurs livres composés par Gaius sur un même titre de l'édit, c'est probablement parce que ces mêmes titres dans le texte de l'édit (comme les titres *liberali causa*, *de testamentis*, *de legatis*), se subdivisaient en livres. Gaius, d'ailleurs, dans le § 188, com. I., renvoie formellement à son traité sur l'édit du préteur urbain et il parle de ce traité comme d'un ouvrage général. Si les commissaires de Justinien ont fait relativement peu d'emprunts à ce commentaire, c'est parce qu'ils avaient à leur disposition, sur l'édit urbain, d'autres travaux plus importants et plus récents, ceux de Paul et d'Ulpien, dont nous parlerons plus loin.

[1] Cpr. : *Ad tit. De liberali causa* (L. 30, *De bonis libertorum*, 38, 2) ; *Ad tit. De testamentis* (L. 32, *De hæred. inst.*, 28, 5, et L. 33, Eod. tit.) ; *Ad tit. De legatis* (L. 65, 67, 69, 73, *De legatis* 1°).

[2] L. 6, *De liberali causa*, 40, 12. — L. 139, *De div. reg. jur.*, 50, 17. — L. 5, *De adim. vel transf. leg.*, 34, 4.

D). *Libri* XXXII *Ad edictum provinciale* (340 frag.). C'est l'ouvrage de Gaius dont nous possédons le plus grand nombre de fragments au Digeste ; on peut même dire que ce traité est le seul qui nous ait fait connaître quelques textes de l'édit provincial. Gaius, est, en effet, à la fois le premier et le seul jurisconsulte romain qui ait commenté cet édit provincial.

Il est probable que ces 32 livres formaient une collection d'édits généralement admis, soit dans les provinces de César, soit dans celles du Sénat. Gaius a rapproché le texte même des édits et l'a fait suivre d'un commentaire, le tout dans l'ordre de l'édit du préteur urbain : on retrouve, en effet, dans quelques fragments le texte même de l'édit, précédé des mots : *ait proconsul* ; *ait prætor*.

Suivant M. Mommsen, ce commentaire sur l'édit provincial serait en réalité un traité sur l'édit qui était applicable dans la province d'Asie où écrivait Gaius ; mais M. Huschke fait remarquer, avec raison, que si cela était vrai, Gaius aurait intitulé son commentaire : *ad edictum Asiaticum*, ou bien: *ad edictum proconsulis Provinciæ Asiæ*.[1] Il est plus probable, comme nous l'avons dit, que Gaius a voulu faire un traité général, utile dans toutes les provinces, et qu'à cet effet, il a réuni des dispositions communes à tous les édits provinciaux ; car, de même qu'à Rome, les préteurs se trans-

[1] C'est ainsi qu'on lit dans Cicéron (discours contre Verrès) : *Edictum siciliense*.

mettaient certains principes (*edicta tralatitia*), de même dans les provinces, les proconsuls ou l'Empereur, par l'intermédiaire des légats, [1] se transmettaient certaines règles qui formaient la base commune à tous les édits des provinces. Nous reviendrons sur cette question en nous occupant des commentaires sur l'édit qui ont été composés après le travail de Salvius Julianus.

E). *Libri ad edictum ædilium curulium* (11 frag.).

F). *Libri* VI *ad Legem duodecim Tabularum* (29 frag.). On ne sait si ce traité était théorique ou pratique ; mais ce qui est certain, c'est qu'il était précédé d'une étude historique sur le droit romain depuis ses origines. [2]

G). *Libri* XV *ad legem Juliam et Papiam Poppæam* (30 frag.).

H). *Liber singularis ad legem Gliciam.* Tel est du moins le titre que porte la L. 4. *De inofficioso testamento.* 5, 2. Mais comme le nom de cette loi ne se retrouve nulle part, on est généralement d'accord pour reconnaître que le texte a été altéré. Les uns, comme Haloandre, lisent : *ad legem Falcidiam*, et attribuent même le fragment à

[1] Le *jus edicendi* appartenait bien aux proconsuls, mais non aux légats de César, car ce droit n'était réservé qu'aux *magistratus populi romani* ; mais dans les provinces de César l'empereur usait lui-même de ce droit par l'intermédiaire de ses légats.

[2] L. 1, *De origine juris.* 1, 2.

Cpr. Ant. Cabreros de Avendano. *Interp. ad Gaium ad legum XII Tabularum.* Madrid. 1638.

Maximus, de sorte que Gaius n'aurait pas composé le traité spécial dont nous nous occupons ; d'autres, cités par Haloandre, lisent : *ad legem Leuticam* ; d'autres encore : *ad legem Litiam.* [1] Suivant Huschke, au contraire, il s'agirait bien, en effet, d'une loi Glicia sur les causes des centumvirs. [2]

I). *De verborum obligationibus libri* III (12 frag.).

J). *Libri* III *De Manumissionibus* (5 frag.).

K). *Liber singularis de formula Hypothecaria* (6 frag.). *Tantum pars interpretationis edicti videtur fuisse*, dit Huschke.

L). *Libri* II *fideicommissorum* (12 frag.).

M). *Libri singularis de tacitis fideicommissis* (L. 23, *De his quæ ut indignis*, 34, 9).

N). *Liber singularis De re uxoria ;* rappelé avec éloge par Justinien dans sa const. *omnem* § 1 et cité aussi sous le nom de *Liber singularis Dotaliciorum.*

O). *Liber singularis Regularum* (L. 21, *De adopt.*, 1, 7).

P). *Libri Regularum* (6 frag.). Ce dernier ouvrage n'était peut-être qu'une édition plus complète du précédent. Huschke pense, au contraire, qu'il s'agit de deux ouvrages tout à fait distincts. Ce qui est certain, c'est que les titres LIBER REGULARUM, LIBRI REGULARUM étaient tout nouveaux à cette

[1] *In Cod. Lips.* N° 1102. Haubold.
Cpr. Bach. *Op.* et *loc. cit.* — Bynkershœk, *Obs.* II, 12.
[2] *Jurisp. antej.* p. 88.

époque ; ils n'avaient pas encore été employés par les autres jurisconsultes romains, si ce n'est pourtant une fois par Neratius Priscus.[1]

Q). *Ad senatusconsultum Orphitianum Liber singularis* (L. 8, *Ad S. C. Tertull.*, 38, 17).

R). *Ad senatusconsultum Tertullianum Liber singularis* (L. 9, *Eod. tit.*). C'est probablement à ces deux derniers ouvrages que Gaius fait allusion dans ses Institutes (*Com.* III, § 54).

S). Gaius nous dit lui-même qu'il a écrit des notes sur Quintus Mucius (cpr. *Com.* I, § 188). Mais il ne nous est rien parvenu de ce dernier ouvrage. Enfin, c'est aussi par ses Institutes que nous avons appris l'existence d'un autre traité de Gaius sur les *bonorum possessiones* (III, § 33 et 34).

64. — Cette longue énumération est bien la preuve la plus évidente de l'infatigable ardeur de Gaius : aussi peut-on affirmer, sans connaître sa vie, qu'elle a été certainement bien remplie par le travail. — Il serait difficile de déterminer dans quel ordre ces différents écrits ont été composés : on peut toutefois dire que les notes sur Quintus Mucius, le commentaire sur l'*Edictum urbanum*, le traité sur le *bonorum possessiones* ont été écrits sous le règne d'Antonin (cpr. *Com.* I. § 188 ; *Com.* III, § 33), et les deux livres sur les fidéicommis, après la mort de ce prince (L. 90, *De cond. et demonstr.*, 35, 1. — L. 96, *De legatis*, 3°. — L. 63, § 5, *Ad S.*

[1] Huschke, *Jurisp. antej.*, p. 87, note 10.

C. Treb., 36, 1). Les quinze livres sur les lois de Julia et Papia Poppœa sont postérieurs aux ouvrages précédents (L. 56, *De legatis*, 2°) : on a voulu soutenir le contraire en disant que Gaius y fait déjà allusion dans le *Com.* III, § 54 : mais, dans ce passage, comme dans le § 33 du même commentaire, Gaius a en vue son traité sur les *bonorum possessiones*.[1] Enfin, il est encore certain que ses travaux sur les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien ont été composés après les ouvrages précédents (L. 8 et 9, *Ad. S. C. Tertull.*, 38, 17). Mais pour tous les autres écrits, il est impossible de déterminer à quelle époque ils ont été publiés.[2] On peut seulement dire que ses trente livres sur l'édit provincial sont postérieurs aux Institutes : cela résulte de la loi 30, § 2, *De pactis*, 2, 14, (extraite de son livre 1er sur l'édit) où il repousse une opinion qu'il avait émise dans ses Institutes (III, 179) ; et de loi 3, *De hæred. petit.*, 5, 3, (extraite du livre 6e) où il parle d'héritiers *ex senatusconsultis*, c'est-à-dire en vertu des sénatus-consultes Tertullien et Orphitien.

Les ouvrages les plus importants de Gaius sont, sans contredit, ses Institutes et ses *Libri Aureorum*, comme traités élémentaires ; ses commentaires sur l'édit du *prætor urbanus* et sur l'*edictum provinciale*, pour le droit prétorien ; ses commentaires sur les Douze Tables, sur les lois *Julia* et *Papia Poppœa*, ses notes sur Quintus Mucius *qui*

[1] Cpr. Huschke, *Jurisp. antej.*, 1867, p. 83, note 4.
Cpr. Huschke, *Jurisp. antej.*, 1867, p. 83.

primus jus civile constituit, dit Pomponius (L. 2, § 41, *De origine Jur.*, 1, 2), son *Liber de casibus* et ses *Libri Regularum*, pour le droit civil.

Tous ses autres ouvrages, comme par exemple ses traités sur les fidéicommis, sur les affranchissements, sur les *obligationes verbis*, sur la loi Glicia, sur les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien, étaient beaucoup moins importants et paraissent même n'avoir servi qu'à compléter les premiers.

Les noms des jurisconsultes qui reviennent le plus souvent sous la plume de Gaius sont surtout ceux de Sabinus, de Cassius, de Julianus. [1]

[1] Julianus est cité dans un grand nombre de textes (Cpr. L. 5, *De usuf. accrescendo*, 7, 2. — L. 13, *De senatusconsulto Macedoniano*, 14, 6. — L. 27, *De peculio*, 15, 1. — L. 17, § 1, *De testam. milit.*, 29, 1. — L. 68, § 3, *De legatis* 1°. — L. 63, § 4 et 9, *Ad senatusconsultum Trebellianum*, 36, 1. — L. 22, § 1, *De operis libert.*, 38, 1. — L. 31, § 3, *De mortis causa donat.*, 39, 6. — L. 57, *De manumissis testamento*, 40, 4. — L. 28, *De stipul. serv.*, 45, 3. — L. 43, *Ad legem Juliam de adulteriis*, 48, 5). Gaius invoque aussi souvent l'autorité de Sabinus (L. 11, pr., *De jurisdictione*, 2, 1. — L. 4, *Si in noxali causa*, 1, 10. — L. 40, *De dolo malo*, 4, 3. — L. 15, *De noxalibus actionibus*, 9, 4. — L. 14, § 1, *Depositi*, 16, 3. — L. 35, § 5, *De contrah. empt.*, 18, 1), et celle de Cassius (L. 11, pr., *De jurisdictione*, 2, 1. — L. 15, *De noxalibus actionibus*, 9, 4. — L. 14, § 1, *Depositi*, 16, 3. — L. 35, § 5, *De contrah. empt.*, 18, 1. — L. 4, *De conditione tricticaria*, 13, 3). Le nom de Proculus, l'un des chefs de l'école opposée à celle dont il faisait partie, paraît aussi souvent dans ses écrits (L. 11, pr., *De jurisdictione*, 2, 1. — L. 4, *Mandati*, 17, 1. — L. 19, *De usuris et fructibus*, 21, 1. — L. 69, *De conditionibus et demonstrationibus*, 35, 1). Mais en dehors de ces jurisconsultes, on n'aperçoit plus que quelques noms très rares, comme, par exemple, celui de Fulcinius (L. 29, *De religiosis*, 11, 7), celui de Neratius (L. 63, § 12, *Ad senatusconsultum Trebellianum*, 36, 1).

§ 12.

Des édits des magistrats et des travaux de Gaius sur ces édits.

65. Plan de cette dernière étude. — 66. Magistrats qui publiaient des édits. — 67. Publication des édits. — 68. Le préteur faisait-il acte de législateur par son édit ? — 69. Fixation de l'édit. — 70. L'édit du préteur pérégrin. — 71 La loi Cornelia. — 72. Travaux des jurisconsultes sur le droit prétorien avant l'édit de Julien. — 73. Édits des magistrats des provinces. — 74. L'édit perpétuel de Salvius Julianus. C'est une œuvre législative. — 75. Plan et méthode de l'édit perpétuel d'après les reconstitutions qui en ont été faites. — 76. Caractères de l'édit. — 77. Formules de l'édit. — 78. Effets produits par l'édit de Julien. Conséquences de ce qu'il constitue une loi. — 79. A-t-il porté sur l'édit pérégrin et sur l'édit provincial? —80. Les magistrats ont-ils perdu le *jus edicendi*? — 81. Travaux sur l'édit de Julien. — 82. Influence de l'édit sur les Codes de droit romain.

65. — On s'est beaucoup occupé, dans ces derniers temps, du travail de Salvius Julianus, connu sous le nom d'*Edictum perpetuum*[1]. Aussi ne

[1] Il nous suffira de citer les travaux suivants : *De juris dictione edictum, edicti perpetui quæ relinqua sunt, constituit adnotavit, edidit*, Adolfus Fridericus Rudorff. Lipsiæ, apud S. Hirzelium, 1869, 1 vol. in-8 de 292 pages. Cette publication de Rudorff est une tentative de reconstitution de l'édit perpétuel, précédée d'une courte préface consacrée au caractère de cet édit, à ses commentateurs parmi les jurisconsultes romains et enfin aux travaux publiés sur le même sujet depuis la renaissance du droit romain. Rudorff a écrit une dissertation

nous semble-t-il pas sans intérêt de faire connaître les résultats de ces différents travaux, d'y joindre nos observations critiques et de rechercher si les écrits du jurisconsulte Gaius sur l'édit urbain et sur l'édit provincial ne sont pas de nature à jeter un certain jour sur quelques-unes des difficultés soulevées par l'étude de l'*Edictum perpetuum*.

Il ne nous semble pas possible d'ailleurs d'isoler cette question ; aussi nous occuperons-nous auparavant de la théorie générale du *jus edicendi*.

66. — Il ne faudrait pas croire que le droit de rendre des édits fût limité aux deux préteurs de

sur la rédaction de l'édit par Julien dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, III, p. 1 à 90, sous le titre *Ueber die Julianische Edictsredaction*. — Voyez encore du même auteur et dans même revue, t. IV, p. 1 à 123, un article intitulé *Die Processeröfnung nach dem Edict*. — Giraud, Compte rendu de la reconstitution essayée par Rudorff, dans la *Revue de législation ancienne et moderne*, année 1870-1871, p. 193 à 218. — Louis Jousserandot, *L'édit perpétuel restitué et commenté*, 2 vol. in-8. Paris, Marescq aîné, 1883. — Otto Lenel, *Das Edictum perpetuum, ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*. 1 vol. grand in-8. Leipsig, 1883, chez Tauchnitz.— Nous ne relèverons pas les travaux antérieurs; on en trouvera la bibliographie complète dans Rudorff, Jousserandot et Lenel. Citons seulement quatre monographies de Bouchaud, publiées dans les tomes XXXIX et XLI des *Mémoires de l'Académie des inscriptions et belles-lettres*, et une autre étude du même auteur sur le même sujet, insérée à la fin du second volume de son commentaire de la loi des Douze Tables. — Parmi les ouvrages généraux,nous citerons notamment : Ortolan et Labbé, *Histoire de la législation romaine*, 12e éd. Paris, 1 vol. in-8, chez Plon, p. 304 et suiv. Accarias, *Précis de droit romain*, 3e éd., (2 vol. in-8. Paris, librairie Cotillon,) I, n° 20, p. 48.

Rome et aux proconsuls du sénat. En réalité, tout magistrat du peuple romain avait le pouvoir et l'habitude, à son entrée en charge, de rendre une sorte d'ordonnance générale qu'il publiait pour faire connaître suivant quels principes il appliquerait la loi et en comblerait les lacunes[1]. Ainsi les consuls, les censeurs, les tribuns, les édiles rendaient des édits à leur entrée en fonction[2]. Mais il est bien entendu que nous parlerons seulement ici des édits des magistrats qui étaient principalement chargés de rendre la justice.

L'édit le plus ancien et le plus important est, comme on sait, celui du préteur urbain. Cet édit, destiné aux citoyens romains, a servi de modèle aux autres, à celui du préteur *peregrinus* et à l'édit provincial. L'édit du préteur *peregrinus* concernait les *non cives*; il était naturellement moins étendu, puisqu'il ne pouvait comprendre les dispositions de pur droit civil. Quant à l'édit provincial, composé par le gouverneur de la province, il était fait pour les personnes et les biens placés sous son ad-

[1] L. 2, § 10, D., *De origine*, 1, 2. — Cicéron, *De finibus* II, 22.

[2] A. Pour les édits des consuls, Tite-Live, XXIII, 32; XXIV, 11; XXXIX, 17. — Dion Cassius, LV, 6. — Aulu-Gelle, XIII, 15. — B. Pour les édits des censeurs : Cornelius Nepos, *Caton*, 2. — Tite-Live, XXXIV, 44. — Pline, *Hist. nat.*, VII, 77, 78, 82; XIII, 3; XIV, 16; XXVI, 2. — Aulu-Gelle, *Noc. att.*, XV, 11. — C. Pour les édits des tribuns : Cicéron, *Verrès*, II, 2, 41. — Tite-Live, III, 34; IV, 60. — D. Pour les édits des édiles curules : Digeste, tit. *De Ædilitio edicto*, 21, 1.

ministration. Le *jus edicendi* appartenait, en effet, aux proconsuls, mais non aux légats de César. Ce droit était réservé aux magistrats *populi romani* ; mais dans les provinces de César, l'empereur usait lui-même de ce droit par l'intermédiaire de ses légats[1]. Aussi la formule de l'édit provincial porte-t-elle toujours : *proconsul ait* et jamais *præses ait*, *legatus ait*.

Outre les édits des préteurs, il faut relever à Rome ceux des édiles curules qui, par certains côtés, intéressaient le droit privé. En leur qualité d'administrateurs de la police, ils avaient la surveillance des rues et marchés, et à ce titre jugeaient certaines contestations, notamment en matière de vente d'esclaves, d'animaux et autres objets mobiliers ; ils assuraient la libre circulation dans les rues. Dans les provinces du sénat, la juridiction des édiles était attribuée aux questeurs qui publiaient un édit semblable à celui des édiles curules[2].

[1] Le légat de l'empereur ne pouvait pas plus *edicere* que le légat du proconsul.

[2] Gaius, *Com.* I, § 6. — Sous l'empire, le préfet du prétoire rendit aussi un édit dont l'autorité fut consacrée au IIIe siècle par l'empereur Alexandre Sévère. Const. 2, *De officio præfecti prætoriorum*, 1, 26. Mais cet édit ne portait que sur des points spéciaux ; nous connaissons deux *edicta aproniana*, ainsi appelés du nom de leur auteur Apronius, qui fut préfet de la ville de Constantinople en 339 (cpr. Schweppe, *Römische Rechtsgeschichte*, § 72). Plusieurs autres édits du préfet du prétoire et du préfet de la ville nous sont connus par les Novelles de Justinien (Novelle 165 à 168).

67. — On ne sait pas à quelle époque précise les magistrats commencèrent à rendre des édits. Bouchaud a prétendu que, dès l'origine, le préteur avait eu le droit de faire des édits, mais sans toucher aux lois anciennes ou aux nouvelles[1]. D'autres auteurs nient que le préteur ait pu, dans les premiers temps de sa magistrature, rendre des édits, car c'eût été, disent-ils, faire acte de législateur et ce magistrat exerçait seulement le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. A l'origine, le préteur se bornait à délivrer des édits obligatoires pour les seules parties au procès. Ainsi, un possesseur était-il troublé dans sa possession ou avait-il même été violemment dépossédé, il allait trouver le préteur et lui demandait la délivrance d'un édit qui intimât à son adversaire l'ordre de respecter la possession ou de restituer le bien. Mais cet édit n'était rendu qu'entre deux personnes; aussi portait-il le nom d'interdit *(inter duos dictum)*, expression qui se perpétua dans la suite avec un sens plus restreint[2].

D'après une opinion fort accréditée, il est impossible que le préteur ait rendu des édits généraux avant la divulgation des *legis actiones*, qui fut faite vers le milieu du cinquième siècle, par Cneius Flavius, petit-fils d'un affranchi et secrétaire d'Appius Claudius Cæcus.

[1] *Op. cit.* dans les *Mémoires de l'Académie des inscriptions et belles-lettres*, t. XLI, p. 86.

[2] De Caqueray, *Explication des passages de droit privé contenus dans les œuvres de Cicéron*, p. 231.

Gaius nous dit très nettement qu'à l'époque de la loi des Douze Tables et dans les premiers temps qui suivirent sa mise en vigueur, le préteur ne rendait pas encore des édits : « *Actiones quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabant, vel ideo quod legibus proditæ erant, quia tunc edicta prætoris, quibus complures actiones introductæ sunt, nondum in usu habebantur* [1]. » Certains auteurs, tout en admettant que l'*edictum perpetuum* servit à publier les actions de la loi lorsqu'elles eurent été divulguées, en 450, par le scribe Flavius, pensent que la théorie des interdits était déjà, avant cette époque, comprise dans une disposition générale. Cette solution est fort contestable. Sans doute, les interdits sont très anciens dans le droit prétorien, mais il n'est pas permis de conclure de là qu'ils aient fait l'objet de dispositions générales et qu'ils aient été publiés avant la divulgation des *legis actiones* [2].

A notre avis, il résulte nettement d'un passage de Pomponius que les édits généraux des préteurs furent postérieurs à la loi Hortensia et datent de l'époque où le sénat commença à voter des sénatus-consultes [3]. Ce n'est pas ici le lieu de rechercher si, avant l'empire, le sénat jouissait à lui seul du pouvoir législatif, car lorsqu'il rendit ses pre-

[1] Gaius, *Com.* IV, § 11.

[2] Voy. en sens contraire Leist, *Versuch einer Geschichte der römischen Rechtssystem*, 1850, p. 20.— Rudorff, *Röm. Rechtsgesch.*, I, p. 147 ; II, p. 90.

[3] L. 2, § 9, 10 et 11. *De origine juris*, 1, 2.

miers sénatus-consultes, il ne se proposait pas de se substituer aux comices et de faire la loi, mais seulement d'en assurer l'application et de prendre des mesures d'administration générale. Ainsi il n'existe, à notre connaissance, aucun sénatus-consulte antérieur à l'Empire qui règle des questions de droit civil pour les citoyens romains. Si le sénat s'occupait de la condition privée des peuples vaincus ou sujets de Rome, c'était uniquement en vertu de son droit supérieur et incontestable sur l'administration des provinces[1]. En un mot, à une certaine époque, le sénat prit des mesures générales pour assurer l'application de la loi et l'administration de la République, mais il ne fit pas la loi, et d'après Pomponius, à la même époque, le préteur commença à rendre des édits généraux. Ces nouveautés apparurent après la loi Hortensia.

Cette loi Hortensia (an 468 de Rome) concernait l'autorité des plébiscites. Déjà auparavant deux autres lois avaient été rendues sur le même sujet, la loi Horatia (an 305) et la loi Publilia (an 415). Ces trois lois confirmèrent successivement la force obligatoire des décisions des plébiscites. On ne sait pas bien exactement, d'ailleurs, quel fut l'objet précis de chacune d'elles. Les comices par tribus permettaient aux tribuns de faire des propositions de loi sans passer par le sénat, mais il est probable qu'à l'origine, les décisions de ces comices, pour

[1] Tite-Live, XXVI, 31.

devenir des lois obligatoires, devaient être confirmées par un vote des centuries et par l'*auctoritas* du sénat ; celle-ci était en effet nécessaire, même pour les décisions des comices par centuries. On a conjecturé que la loi *Valeria Horatia* aurait été faite pour certaines affaires déterminées ; puis la loi Publilia aurait supprimé la nécessité de la confirmation par les centuries, tout en laissant subsister l'*auctoritas* du sénat ; enfin la loi de Hortensia aurait à son tour supprimé l'*auctoritas*. Ce qui est certain, c'est que depuis cette dernière loi, le plébiscite obtint force obligatoire par lui-même et sans contestation. Théophile prétend, dans sa paraphrase des Institutes [1] que cette même loi reconnut aussi la force obligatoire des sénatus-consultes. C'est un point fort contestable et il semble, au contraire, résulter du texte précité de Pomponius, que les sénatus-consultes furent postérieurs à l'époque de la loi Hortensia. Il est toutefois facile de comprendre que cette loi, en supprimant l'unité du pouvoir législatif, ait donné à chacun de ceux qui l'exerçaient en commun, l'idée d'en user séparément. D'un autre côté, c'est à peine s'il s'écoule une cinquantaine d'années entre la loi Hortensia et l'époque où la République commence à organiser les provinces ; la Sicile en 513, la Sardaigne en 526 et plus tard la Gaule cisalpine, l'Illyrie, l'Espagne, l'Afrique carthaginoise. Or, les provinces furent placées sous la sur-

[1] Liv. I, tit. 2, § 5.

veillance directe du sénat et ce furent souvent des sénatus-consultes qui déterminèrent leur condition. Cette organisation des pays réunis à la République, permit au sénat de voter des sénatus-consultes qui présentaient les caractères des lois.

Il paraît certain que les premières lois véritables faites par le sénat sous le nom de sénatus-consultes, touchèrent au droit public et la raison en est facile à donner : dans cette partie du droit, il devient souvent difficile, parfois même impossible, de distinguer ce qui constitue l'acte législatif de ce qui forme l'acte d'administration générale rentrant à ce titre, comme nous dirions aujourd'hui, dans le pouvoir exécutif. Puis les affaires de la République s'étant multipliées et étendues à l'infini, il était souvent urgent de prendre une décision immédiate, sans qu'on eût le temps d'attendre la convocatiou des comices ; le sénat mit ainsi la main sur une partie du pouvoir législatif. Les magistrats et le préteur en particulier ne firent qu'imiter l'exemple du sénat lorsqu'ils rendirent des édits réglementaires ; ils n'avaient pas la prétention de faire la loi, mais seulement d'en assurer l'exécution, et comme la divulgation des *legis actiones* ou formules de procédure avait obtenu le plus grand succès auprès du peuple,[1] le préteur imagina, lui aussi, de publier son édit

[1] Cneius Flavius, le divulgateur de ces formules, fut successivement élevé aux dignités de tribun du peuple, de sénateur et d'édile curule. L. 2, § 7, *De origine juris*, 1, 2. Cicéron, *Ad Atticum*, VI, 1 n° 8, Tite-Live, XI, 46.

au commencement de la magistrature, afin que chaque citoyen fût mis au courant de ses droits et de la procédure qui les garantissait. « *Eodem tempore et magistratus jura reddebant, et ut scirent cives, quod jus de quaque re quisque dicturus esset, seque præmuniret, edicta proponebant; quæ edicta Prætorum jus honorarium constituerunt. Honorarium dicitur quod ab honore Prætoris venerat* [1].

Avant la mise en vigueur du système formulaire, l'édit du préteur se limitait à un certain nombre de matières assez restreintes : il déterminait la manière d'engager un procès et posait les règles de compétence *(de judiciis et ubi quisque agere deberet)* ; il faisait connaître les formes des *legis actiones*; enfin il contenait un certain nombre d'interdits. Mais l'introduction du système formulaire supprima les bornes étroites dans lesquelles le préteur avait jusque-là exercé son pouvoir. Ce magistrat eut le droit de créer lui-même des formules d'action et il put, en outre, arrêter ou atténuer l'inflexible rigueur des actions au moyen des exceptions, des prescriptions, des restitutions en entier; il compléta son œuvre par la création d'un certain nombre de *cautiones* et par le vaste système des envois en possession.

68. — Le mot *edicere* signifie faire aux citoyens une communication qui présente le carac-

[1] L. 2, § 10, *De origine juris*, 1, 2.

tère d'un acte réglementaire. L'*edictum* est d'abord lu à haute voix par son auteur *in concione* et ensuite il est publié par voie d'affiche.[1] C'est ainsi que figure toujours en tête de l'édit, immédiatement après le nom de son auteur, le mot *ait* ou *dicit*.[2] Après avoir été lu à haute voix, *in concione*, par le magistrat soit au moment de son entrée en fonctions, soit auparavant et aussitôt le tirage au sort, l'édit est affiché derrière le tribunal du préteur, sur un pan de mur recouvert d'un enduit blanc (d'où le nom *album*), en caractères noirs, avec des rubriques rouges. On choisit un endroit, *unde de plano recte legi possent*.[3] Il est possible que l'édit ait été aussi publié, non pas sur le mur lui-même, mais sur un tableau apposé au mur, car les textes nous apprennent assez souvent que le préteur pouvait transporter son édit. Celui-ci restait ainsi affiché pendant l'année des fonctions du magistrat qui l'avait rendu et il était permis d'en prendre copie (*describere*),[4] mais on devait le respecter et celui qui aurait méconnu cette prescription aurait été tenu de l'*actio popularis de albo corrupto*.

Mais en procédant ainsi, en rédigeant et en promulgant un édit, le préteur n'avait pas la pré-

[1] Cicéron. *De finibus*, II, 22 ; *de officiis*, III, 20.
[2] Mommsen, *Römische Staatsverwaltung*. I, p. 196.
[3] Quintilien, *Institutiones oratoriæ*, XII, 3, 11. — L. 11, § 3. *De institoria actione*, 14, 3.
[4] Mommsen, *op.* et *loc. cit.*

tention de faire acte de législateur, encore moins celle d'abroger les lois. Le préteur affectait, au contraire, un grand respect pour les lois, même en prenant les mesures les plus énergiques, par exemple en organisant l'*in integrum restitutio*.[1] Il indiquait seulement à l'avance et d'une manière générale comment il instruirait les affaires de sa compétence; en d'autres termes, son édit peut être considéré comme un acte d'administration judiciaire et il ne faut pas s'étonner si, dès les premiers temps, ce seul caractère a suffi pour lui conférer une grande autorité. On sait qu'en effet, en principe, les magistrats romains jouissaient dans l'exercice de leurs fonctions, des pouvoirs les plus étendus. Sans doute leur autorité n'était pas absolument arbitraire, du moins à Rome, et ils encouraient la responsabilité de leurs actes; mais cette responsabilité ne les empêchait pas de se permettre toutes sortes de mesures lorsqu'ils agissaient au nom de l'équité ou se sentaient soutenus par l'opinion publique. En réalité, le préteur urbain fut le seul magistrat qui, pendant un temps fort long, concentra entre ses mains toute l'autorité judiciaire. L'exercice de ses fonctions lui fit comprendre de suite et sans difficulté que, dans certains cas, s'il ne comblait pas la lacune de la loi civile, le citoyen lésé dans son droit, serait victime de l'injustice; que dans d'autres cas, l'appli-

[1] L. 1, § 1, *Ex quibus causis majores in integrum restituuntur*, 4, 6. — L. 7, § 7, *De pactis*, 2, 14.

cation de la loi civile constituerait une flagrante iniquité. Il ne suffisait donc pas d'assurer l'application du droit civil. Il fallait encore en combler les lacunes et même en corriger la rigueur. Ce fut, comme nous l'apprend Papinien, le triple objet de l'édit du préteur : « *Jus prætorium est, quod prætores introduxerunt, adjuvandi vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam, quod et honorarium dicitur, ad honorem prætorum sic nominatum.* » [1] Ce n'est pas ici le lieu de suivre le préteur dans cette immense tâche qui l'amena en assez peu de temps à édifier à côté du droit civil, une législation prétorienne portant, elle aussi, sur toutes les branches du droit privé, famille, propriété, succession, contrat. Le droit prétorien fondé à la fois sur l'équité et sur l'utilité pratique, appuyé sur le droit des gens, est, sans contredit, la partie la plus remarquable du droit romain ; sans l'œuvre du préteur, le droit romain ne s'appellerait pas la raison écrite.

69. — Le droit prétorien se fixa d'assez bonne heure ; on peut dire qu'il était définitivement constitué vers la fin de la République, déjà au temps de Cicéron. En 74, le préteur Octavius avait imaginé la *formula octaviana* contre la violence, et en 66 le préteur Aquilius Gallus créa contre le dol les formules qui prirent son nom. Ce furent

[1] L. 7, § 1. *De justitia et jure*, 1, 1.

des innovations considérables, mais qui mirent en même temps, pour ainsi dire, un terme à l'ère des innovations. Sans doute, nous verrons encore apparaître d'autres formules importantes, l'*edictum carbonianum*, la *formula publiciana*, l'action servienne, l'interdit salvien. Mais toutes ces créations nouvelles s'opéreront dans un délai très rapproché et ne feront que compléter un système déjà organisé. L'édit avait pris, au temps de Cicéron, une forme stable et définitive ; il était respecté, par les magistrats eux-mêmes, comme l'avait été autrefois la loi des Douze Tables : *nunc ergo*, dit Cicéron, *a prætoris edicto, ut plerique nunc, atque a XII Tabulis, ut superiores, hauriundam juris disciplinam putas*[1]. On sait que Cicéron adresse entre autres reproches à Verrès celui de n'avoir pas suivi l'édit de ses prédécesseurs[2]. Il a fait *in re vetere edicta nova*; et cependant il était en présence d'institutions bien établies et passées dans les mœurs : « *Postquam jus prætorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus*[3]. » Ailleurs encore, Cicéron blâme Verrès de n'avoir pas pris pour modèle l'édit du préteur urbain et de n'y avoir pas puisé, pour son *edictum provinciale*, un grand nombre de dispositions qui doivent s'appliquer en Sicile comme à Rome[4]. Cicéron relève encore ce caractère de fixité de l'œuvre du préteur dans le

[1] *De legibus*, I, 5, 17.
[2] *In Verrem*, II, 1, 45 ; 2, 3.
[3] *In Verrem*, II, 1, 44.
[4] *In Verrem*, II. 1, 43, 46.

passage suivant souvent cité, du traité *De inventione*[1] : « *Consuetudinis jam esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobant. In ea autem jura sunt quædam ipsa jam certa propter vetustatem, quos in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars, quæ prætores edicere conscierunt.* » Nous verrons bientôt que, sur un grand nombre de points, l'édit du préteur urbain, celui du préteur pérégrin, ceux des magistrats des provinces, offraient une certaine uniformité : il y avait un droit commun prétorien dans toute la République. Dans les écoles, au temps de Cicéron, on n'apprenait plus la loi des Douze Tables, mais l'édit du préteur[2]. Bientôt aussi vont commencer les travaux scientifiques considérables sur l'édit. Mais avant d'aborder cette nouvelle période, il faut nous arrêter d'abord à l'édit du préteur pérégrin, ensuite à ceux des magistrats des provinces.

70. — A l'origine de la préture et jusqu'en l'an 507 de Rome, il n'exista qu'un seul préteur chargé d'organiser les instances, aussi bien entre pérégrins qu'entre Romains ou encore entre citoyens romains et pérégrins[3]. En l'an 507, l'affluence des étrangers était devenue si considérable à Rome, qu'il fallut créer un préteur spécial chargé

[1] II, 2.

[2] *De legibus*, I, 5 ; II, 23.

[3] A moins qu'un traité spécial n'eût confié pour les citoyens d'un pays la juridiction à un tribunal de *recuperatores*.

d'organiser les instances *inter cives et peregrinos*. Au point de vue du droit politique, cette création ne procura aucun avantage aux *peregrini* qui continuèrent à être purement et simplement exclus du *jus publicum*. Mais les pérégrins gagnèrent beaucoup à cette création au point de vue du droit privé : leur condition civile fut nettement fixée et déterminée par l'édit du *prætor peregrinus*. On avait soin de choisir, pour ces fonctions, des hommes d'une autorité considérable ; ainsi elles furent remplies en l'an 208 avant Jésus-Christ, par Publius Licinius Crassus, jurisconsulte de premier ordre, *juris pontificii peritissimus*[1].

Le préteur pérégrin s'attacha à détacher du droit privé un certain nombre d'institutions auxquelles on donna le caractère d'institutions du droit des gens. Dès qu'une règle de droit était considérée comme appartenant au *jus gentium*, elle profitait aussi bien aux *peregrini* qu'aux citoyens ; il n'y avait pas lieu de rechercher si elle était consacrée par le droit prétorien, par un plébiscite, par une loi. Mais, en sens inverse, dès qu'une règle était limitée dans son application aux citoyens, elle faisait alors partie du droit civil dans le sens strict de ce mot, peu importait qu'elle eût été consacrée par le droit prétorien, par un plébiscite ou par une loi. En d'autres termes, pour savoir si un principe appartenait au *jus civile* par opposition au *jus gentium*, il n'y avait pas lieu de se préoccuper

[1] Tite-Live, XXVII, 22 ; XXX, 1.

de la source dont il était sorti ; mais il fallait rechercher si, dans l'intention de celui qui l'avait consacré, ce principe était d'une application universelle ou si, au contraire, il concernait seulement les citoyens romains ; dans le premier cas, il était *juris gentium*, même s'il résultait d'une loi curiate ou de la loi des Douze Tables ; dans le second cas, il était *juris civilis*, même s'il résultait du droit prétorien [1]. Il ne faudrait donc pas croire que toute règle du droit prétorien soit nécessairement *juris gentium*. Mais, en fait, le plus souvent, le préteur, même le préteur urbain, s'inspire de la raison naturelle et consacre, par cela-même, des règles du droit des gens. Aussi a-t-on dit avec raison que l'édit du préteur et surtout celui du préteur pérégrin, ont puissamment contribué à la formation et au développement de ce droit des gens [2].

On a beaucoup discuté, jusqu'au milieu du siècle dernier, sur le point de savoir si le préteur pérégrin rendait annuellement un *edictum perpetuum*. On admettait sans difficulté qu'il pouvait émettre et qu'il émettait des *edicta repentina* ; mais l'existence d'un édit perpétuel du préteur pé-

[1] Telles étaient bien certainement et sauf peut-être quelques exceptions, les règles relatives au *bonorum possessiones*.

[2] On pourra consulter avec fruit, sur le préteur pérégrin, un mémoire de M. Rodière, dans le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, XVII, année 1868, p. 324 et suiv. Voy. aussi de Boeck, *Le préteur pérégrin*, Paris, 1 vol. 1882.

régrin, semblable à celui du préteur urbain, c'est-à-dire d'un édit général rendu à l'époque de l'entrée en charge, était très vivement contestée. Cette controverse n'offre plus pour nous aucun intérêt [1]. Le premier, Otton, dans son *Commentaire sur les Institutes* [2], déclara qu'à défaut de textes positifs, le seul fait suivant devait suffire pour prouver l'existence d'un édit général du préteur pérégrin : les étrangers étaient régis par un droit différent de celui des citoyens romains ; l'édit du préteur urbain ne pouvait donc pas leur être appliqué par le préteur pérégrin sans modification ; d'où la nécessité d'un édit spécial publié à leur usage. A la vérité, il semble bien, d'après une version de la loi 9, § 4, au Digeste, *De dolo malo*, 4, 3, que Labéon aurait écrit sur l'édit du préteur pérégrin : « *Labeo quoque libro trigesimo prætoris peregrini scribit de dolo actionem servi nomine, interdum de peculio, interdum noxalem dari.* » Mais cette leçon, publiée cependant par les meilleurs éditeurs du Digeste, est aujourd'hui généralement repoussée. Mommsen pense qu'elle repose sur une interprétation inexacte d'une abréviation du manuscrit des Florentines et propose de lire : « *Libro trigesimo posteriorum* [3]. » On sait que le nom de *posteriores*

[1] On la trouvera exposée dans l'ouvrage de M. de Boeck, p. 99 et 100.

[2] Liv. I, tit. 2, § 7.

[3] Mommsen *Römische Staatsverwaltung*, II, p. 212, note 3. Dans son édition du Digeste, Mommsen conserve la version ordinaire *prætoris peregrini*, mais dans une note il en propose la correction.

a été donné aux ouvrages de Labéon qui ont paru après sa mort. Or l'auteur de la loi 9 parle des *posteriores* de Labéon dans le paragraphe 3 ; il est donc bien probable qu'il a encore en vue le même ouvrage dans le paragraphe suivant, d'autant plus qu'il s'agit toujours du même sujet.

Mais l'existence de l'édit du préteur pérégrin est, à défaut de ce texte, formellement attestée par les Institutes de Gaius et par la loi Rubria. Gaius, dans le premier commentaire de ses Institutes (§ 6), attribue la même importance à l'édit du préteur pérégrin qu'à celui du préteur urbain et le met sur la même ligne : « *Amplissimum jus est in edictis duorum prætorum, urbani et peregrini.* » D'un autre côté, la loi Rubria ordonne aux magistrats municipaux de recourir, en cas de *damnum infectum*, au système de la stipulation « *quam is quei Romæ inter peregrinos jus deicet in albo propositam habet.* » [1]

Sans doute, fort souvent, le préteur pérégrin s'inspire de l'édit de son collègue ; en tant qu'il s'agit du *jus gentium*, les deux édits offrent de frappantes analogies. Mais cependant il est arrivé aussi que, dans plus d'une circonstance, le préteur pérégrin a pris l'initiative et quelques-unes de ses dispositions ont passé de son édit dans celui du préteur urbain.

Avant la loi Æbutia, le préteur pérégrin organi-

[1] Voy. la loi Rubria, cap. 20, dans le *Corpus inscriptionum latinarum*, I, p. 116.

sait, à l'usage des étrangers, une procédure spéciale ; c'est peut-être lui qui imagina les formules d'actions *in factum*. On sait que le germe du système formulaire lui a été attribué par de nombreux interprètes. Il est même probable qu'avant de créer les actions *in factum*, le préteur pérégrin avait déjà imaginé certaines actions fictices *ex delicto*, qui permettaient, en cas de délit, l'emploi de ces actions aussi bien au profit du pérégrin que contre lui. Ainsi l'édit du préteur pérégrin contenait les formules fictices des actions *furti* et *legis Aquiliæ*[1]. Il est probable que le préteur avait aussi organisé de la même manière l'*actio injuriarum* résultant des Douze Tables. Mais dans la seconde moitié du sixième siècle, le préteur introduisit un nouveau système d'action en matière d'injure, et à partir de cette époque, l'action d'injure ayant cessé d'être civile pour devenir honoraire, il ne fut plus nécessaire de recourir à une fiction lorsqu'on voulait accorder cette action à un pérégrin ou contre lui ; ainsi disparut probablement l'action fictice *injuriarum*[2]. On s'explique de la même manière comment Gaius ne parle pas, en matière de délit, de cette action à l'égard des pérégrins, mais seulement de l'action fictice de vol ou de la loi Aquilia[3].

[1] Voy. Gaius, *Com.* IV, 37.

[2] Le sénatus-consulte de *Thisbæis* de l'an 584 atteste l'existence de cette action d'injures prétorienne et estimatoire. Cpr. *Ephemeris epigraphica*, I, p. 297. — Voigt, *Das jus naturale*, II, § 82, p. 648.

[3] Toutefois une difficulté se présente ici : pour quel motif

Il est certain que l'action *vi bonorum raptorum* fut imaginée par Lucullus, qui fut préteur pérégrin en 677 ou 678 [1]. Cicéron nous apprend pour quel motif cette action fut créée [2] : les violences à main armée étaient devenues très fréquentes, et ceux qui s'en rendaient coupables essayaient d'échapper à l'action de la loi Aquilia en disant qu'ils s'étaient trouvés en état de légitime défense et qu'il n'y avait pas eu *damnum injuria datum*. L'action *vi bonorum raptorum* eut pour objet de réprimer tout dommage causé *dolo malo*, *hominibus coactis*, alors même que le dommage n'aurait pas consisté dans un vol ; à plus forte raison s'appliquait-elle aussi au cas de vol avec violence [3].

l'action d'injure est-elle devenue *juris gentium*, tandis que l'action de vol et l'action de la loi Aquilia sont restées *juris civilis*, de sorte qu'il a toujours fallu, pour les admettre au profit des pérégrins ou contre eux, recourir à la fiction de la cité romaine, comme le prouve le texte de Gaius? D'après M. Voigt, *Op. cit.*, II, p. 127, ces actions de vol et de la loi Aquilia furent étendues aux pérégrins à une époque où le *jus gentium* n'était pas encore formé et, lorsque plus tard ce droit fut constitué, on ne songea pas à modifier l'ancienne procédure de ces actions fictices, parce qu'on n'y vit aucune utilité pratique. Quant à la question de savoir si, en dehors des deux hypothèses prévues par Gaius et du cas d'injures qu'on peut y ajouter, le préteur pérégrin recourut encore à une semblable fiction, la question est très douteuse à cause de l'insuffisance du texte de Gaius.

[1] Cpr. Rudorff, *Edictum perpetuum*, p. 171, où se trouve un essai de reconstitution du texte de l'édit et de la formule de l'action.

[2] Cicéron, *Pro Tull.*, nos 7, 10, 11.

[3] Lorsqu'il y avait eu vol sans violence, on accordait l'*actio furti*, qui était civile pénale, et au double si le vol était non

On a parfois aussi attribué au préteur pérégrin la création du célèbre édit carbonien (en 582 ou 672, 673, 674); mais c'est là une conjecture qui est très généralement repoussée et avec raison.

Une question plus délicate se rattache à la *stipulatio damni infecti*. Il est hors de doute que cette stipulation est consacrée à une certaine époque par les deux édits, par celui du préteur urbain et par celui du préteur pérégrin. Les magistrats *minores* n'avaient pas le droit d'exiger cette caution; mais par une faveur spéciale, la loi Rubria, qui est de 705 ou de 711 de Rome, conféra aux magistrats de la Gaule cisalpine le droit d'imposer une pareille caution laquelle, dit la loi, sera fournie de la manière indiquée à Rome par le préteur des pérégrins[1]. De plus, elle décida que, dans le cas où la caution serait refusée, et si le dommage se réalisait, le magistrat auquel s'adresserait alors la victime du dommage, devrait organiser une instance, comme si la caution avait été fournie et en supposant fictivement qu'elle avait été donnée.

manifeste; pour le cas de vol manifeste, l'action de vol au quadruple et pénale avait été créée par le préteur. L'*actio vi bonorum raptorum* était aussi au quadruple, mais mixte, c'est-à-dire qu'elle comprenait à la fois la réparation du préjudice et une peine; il résultait de là que le demandeur ne pouvait plus ensuite intenter une action *rei persecutoria*, tandis que ce droit lui aurait appartenu en cas d'*actio furti*.

[1] Voy. le chap. XX de la loi Rubria dans le *Corpus inscriptionum latinarum*, I, p. 116. — Voy. aussi Giraud, *Novum Enchiridion*. Paris, 1883, p. 613 : ..... *eam stipulationem, quam is quei Romæ inter peregrinos jus deicet in albo propositam habet.*

Les choses se passeront donc comme s'il y avait eu *stipulatio damni infecti*, et les magistrats accorderont fictivement l'*actio ex stipulatu* à la victime du dommage contre son auteur. A Rome, dans l'édit du préteur urbain, les conséquences du refus de la caution sont différentes : le préteur rend un premier décret qui envoie en possession du bien le voisin menacé ; celui-ci peut alors entrer sur ce bien, en sortir à son gré, y faire des réparations, sans d'ailleurs avoir le droit d'expulser le propriétaire qui a refusé de fournir caution. On suppose que cette gêne décidera le récalcitrant à donner la garantie demandée ; mais s'il continue à résister, au bout d'un certain temps variant d'après les circonstances, le préteur urbain rend un second décret ; cet envoi en possession confère au voisin menacé la propriété prétorienne. Ces différences établies, on peut maintenant se demander pour quel motif la loi Rubria a renvoyé à l'édit du préteur pérégrin et non à celui du préteur urbain. A notre avis, les auteurs de la loi Rubria ont procédé de cette manière par la raison qu'à cette époque l'édit du préteur urbain n'avait pas encore organisé le système de la stipulation prétorienne *damni infecti* ; c'était celui de la *legis actio* des Douze Tables qui était seul usité devant le tribunal du préteur urbain au moment où fut votée la loi *Rubria*. Le préteur pérégrin avait créé, au contraire, en matière de *damnum infectum*, un système de stipulation qui fut suivi par la loi Rubria. Puis ensuite seulement le préteur urbain em-

prunta à l'édit pérégrin l'idée d'une procédure prétorienne en matière de *damnum infectum*, mais en même temps il modifia la seconde partie de cette procédure : pour le cas de refus de la caution, au lieu d'obliger le voisin menacé d'attendre la réalisation du dommage à l'effet d'obtenir à ce moment une action fictice comme si la caution avait été fournie, le préteur préféra envoyer de suite le demandeur en possession du fonds menaçant. D'ailleurs la procédure de la *missio in possessionem* s'est ensuite étendue à son tour de l'édit urbain à l'édit pérégrin, et ces changements se réalisèrent peu de temps après la mise en vigueur de la loi Rubria. En résumé, le système de la *stipulatio damni infecti* fut imaginé par le préteur pérégrin ; puis il passa dans l'édit du préteur urbain qui le perfectionna, et le préteur pérégrin ayant à son tour accepté les changements de son collègue, les deux édits furent semblables sur ce point comme sur beaucoup d'autres.

On a cependant proposé d'expliquer autrement le renvoi de la loi Rubria à l'édit pérégrin : les deux édits auraient de tout temps, ou tout au moins de très bonne heure, admis la *cautio damni infecti* avec le système des envois en possession ; la loi Rubria n'aurait pas autorisé ces *missiones in possessionem*, parce qu'elles ne rentraient pas dans les pouvoirs des magistrats municipaux[1] ;

[1] Il est certain que ces magistrats ne pouvaient pas, en principe, prononcer l'envoi en possession ; plus tard seulement, ils furent autorisés à ordonner la *missio in possessionem*

elle n'aurait renvoyé à l'édit pérégrin que pour la formule de la stipulation. Le préteur pérégrin n'avait, en effet, pas pu employer la formule « *spondesne? spondeo* », puisqu'elle était réservée aux citoyens romains entre eux. Eh bien, on voulait que les magistrats municipaux n'eussent pas non plus recours à cette formule, et c'est pour consacrer cette exclusion que la loi Rubria aurait renvoyé à l'édit du préteur pérégrin[1]. Cette opinion nous paraît toutefois inadmissible : elle ne donne pas un sens sérieux au renvoi fait par la loi Rubria à l'édit pérégrin. Pour quel motif, en effet, cette loi aurait-elle interdit l'emploi de la formule « *spondesne? spondeo* », lorsque les deux plaideurs qui comparaissaient devant les magistrats municipaux étaient tous deux citoyens romains? Dira-t-on qu'elle entendait interdire cette formule seulement dans le cas où l'une des deux parties n'avait pas la qualité de citoyen romain ? Cette explication ne résiste pas à l'examen du texte qui est absolu et ne fait aucune distinction. De plus, ainsi entendue, la disposition de la loi Rubria n'offre vraiment plus un sens sérieux. Tout le monde savait que le mot *spondere* devait être réservé au citoyen romain.

Quoiqu'il en soit, nous en avons dit assez pour

ex primo decreto, mais non la seconde. L. 4, § 3, *De damno infecto,* 39, 2.

[1] Voy. le développement de cette opinion avec l'indication des auteurs dans de Boeck, *Le préteur pérégrin,* p. 117 et suiv.

montrer l'influence réciproque qu'exerçaient l'un sur l'autre l'édit du préteur pérégrin et celui du préteur urbain. Cette influence s'étendit aussi aux édits que rendaient les magistrats des provinces : le proconsul calquait son édit sur celui des deux préteurs romains, sur celui du préteur urbain pour les citoyens de sa province, sur celui du *prætor peregrinus* pour les *non cives*.

71. — En général, les magistrats, à Rome comme dans les provinces, exerçaient très sagement le *jus edicendi*. Chaque année, à son entrée en fonctions, le préteur rendait son édit, et à la rigueur, il aurait pu ne tenir aucun compte de celui de son prédécesseur ; mais, en fait, il s'en serait bien gardé et s'attachait, au contraire, à reproduire les dispositions des édits de ses prédécesseurs consacrés par l'usage et approuvés par l'opinion publique[1] ; il corrigeait, redressait ou complétait l'édit de ses prédécesseurs par quelques dispositions nouvelles, mais il ne le supprimait pas. Dans les provinces, les magistrats exerçaient leurs fonctions avec la même sagesse. On sait avec quel soin et quel scrupule Cicéron avait rédigé son édit[2]. Cependant des abus apparaissaient parfois à Rome et plus souvent dans les provinces.

[1] On appelait ces dispositions qui se transmettaient de préteur en préteur, *edicta tralatitia* ; on leur opposait les *edicta nova* ou dispositions introduites par le magistrat nouvellement entré en charge. L. 1, pr. *Ex quibus causis majores*, 4, 6. — L. 1. pr. *De pecunia constituta*, 13, 5.

[2] Cicéron, *Ad Atticum*, 5, 21, § 11 : *Cum ego in edicto tra-*

C'était une conséquence de ce que le *jus edicendi* était resté pendant quelque temps au pouvoir discrétionnaire des magistrats. A Rome, les préteurs se permettaient de rendre, au cours de leur magistrature, des édits appelés *edicta repentina*, qui modifiaient l'édit général rendu au commencement de leur magistrature. Ce procédé ouvrait la porte à de coupables complaisances ; de plus, l'édit publié sur l'*album*, au début de la magistrature, n'offrait plus aucune sécurité aux citoyens. Dans les provinces, les abus étaient encore bien plus fréquents, d'autant plus que les magistrats y jouissaient d'un pouvoir à peu près discrétionnaire. Sans doute, le magistrat romain qui aurait édicté des dispositions iniques, se serait exposé à en subir lui-même l'application [1] et aurait même pu, une fois sorti de charge, être mis en accusation [2]. Aussi Cicéron reprochait à Verrès de n'avoir pas tenu compte des usages suivis par ses prédécesseurs, d'avoir introduit dans l'édit des dispositions destinées à favoriser les intrigants et

latitio centesimas me observaturum haberem cum anatosismo anni versario, ille ex syngrapha postulabat quaternas. Quid ait? Inquam. Possumne contra meum edictum? At ille profert senatusconsultum..... ut qui Ciliciam obtineret, jus ex illa syngrapha diceret.

[1] Cicéron, *Ad Quintum fratrem*, I, 1, 20. — Digeste, *Quod quisque juris in alterum statuerit ut ipse eodem jure utatur*, 2, 2.

[2] Ajoutons que les décisions des préteurs pouvaient être annulées par l'*intercessio* d'un magistrat égal ou supérieur et par celle d'un tribun du peuple. Cicéron, *In Verrem*, II, 1, 42.

à dépouiller les honnêtes gens[1]. Mais ces mesures étaient insuffisantes pour réprimer les abus, et un plébiscite de l'année 687, connu sous le nom de loi Cornelia, essaya d'y mettre un terme en décidant qu'à l'avenir les magistrats n'auraient plus le droit de modifier, dans l'année de leurs fonctions, l'édit qu'ils avaient publié au début et devraient toujours conformer leurs décisions à cet édit[2]. Cette loi était générale ; elle s'appliquait en province comme à Rome.

D'ailleurs, malgré la loi Cornelia, le magistrat pouvait, sans aucun doute, publier de nouveaux édits pour régler des cas qu'il n'avait pas prévus auparavant ; cet édit complétait celui qui avait été rendu au début de la magistrature, mais ne le modifiait pas. On l'appelle *edictum repentinum*, par opposition à l'autre que l'on désigne sous le nom

[1] Cicéron, *In Verrem*, II, 1, 40 et suiv. Citons seulement deux passages. Je lis dans la première Verrine : *Cujus prætura urbana* (on remarquera qu'il s'agit de Verrès, préteur urbain) *ædium sacrarum fuit publicorumque operum depopulatio ; simul in jure dicundo, bonorum possessionumque, contra omnium instituta addictio, et condonatio.* Cf. de Caquerey, *op. cit.* p. 184. De même, on lit dans la seconde Verrine (1, 46) : *In magistratu contra illud edictum suum sine ulla religione decernebat. Itaque L. Piso multos codices implevit earum rerum, in quibus ita intercessit, quod iste aliter, atque ut edixerat decrevisset.*

[2] Cette loi Cornelia est mentionnée par Asconius, scoliaste de Cicéron sur le mot *balbo* : « *Aliam deinde legem Cornelius etsi nemo repugnare ausus est, multis tamen invitis tulit, ut prætores ex edictis suis perpetui jus dicerent ; quæ res cunctam gratiam ambitiosis prætoribus, qui varie jus dicere solebant, sustulit.*

d'*edictum perpetuum*. Tandis que l'*edictum perpetuum* se référait seulement à l'*officium prætoris* au point de vue de la justice, les *edicta repentina* pouvaient toucher aux matières les plus diverses : souvent ils concernaient, eux aussi, l'administration de la justice et intervenaient à l'occasion d'une circonstance que n'avait pas prévue l'édit perpétuel. Mais le préteur en rendait aussi dans l'exercice de ses fonctions politiques ou administratives, et alors ces *edicta repentina* portaient sur les objets les plus divers [1]. Il existait aussi des *edicta breviora* et *monitoria* dans lesquels le préteur donnait de simples avis [2] et des *edicta peremptoria*, par lesquels il terminait les différends en cas de non comparution. Mais nous ne devons nous occuper ici que de l'*edictum perpetuum*, c'est-à-dire de l'édit, non pas perpétuel, mais destiné à être appliqué sans interruption pendant toute la magistrature de celui qui l'avait promulgué [3]. L'édit ne tirait, en effet, sa force que des pouvoirs du magistrat par lequel il avait été organisé ; il cessait avec les pouvoirs de ce magistrat. On l'a parfois, pour ce motif, appelé *lex annua*, mais cette expression n'est pourtant pas complètement exacte ; on ne reconnaît pas en effet à l'édit *legis vicem*, mais seulement *auctoritatem*. Si l'édit avait été une loi, il aurait pu modifier la loi. Or, loin de s'attribuer un pareil droit, le magistrat s'est toujours attaché,

[1] Cicéron, *In Verrem*. II, 3, 14.
[2] Pline, *Epist*. V, 21.
[3] L, 7, *pr. De jurisdictione*, 2, 1.

comme nous l'avons déjà dit, tout au moins en apparence, à respecter le droit civil. Il se borne à en assurer l'exécution, à le plier aux exigences de la pratique, à l'assouplir par des motifs d'équité.

A plus forte raison est-il bien certain que l'édit ne produit pas d'effet rétroactif puisque, en général, on refuse cet effet à la loi : l'édit s'applique seulement aux faits à venir. Cicéron rappelle ce principe pour constater que Verrès l'a complètement méconnu [1].

En y regardant de près, on arrive à se convaincre que, sous bien des rapports, de nos jours, les tribunaux, dans la plupart des pays, en particulier en France et surtout en Angleterre, emploient les procédés du préteur. Le juge n'est-il pas obligé de statuer, même dans le silence de la loi, sous peine de commettre en France un déni de justice, et en pareil cas ses fonctions ne l'obligent-elles pas à combler une lacune de cette loi ? On se fait aussi une singulière idée de la mission de nos tribunaux lorsque l'on s'imagine qu'elle consiste tout simplement dans l'application d'un texte de la loi à un fait litigieux. Les procès ne se présentent jamais sous une forme aussi simple. Aucun plaideur ne sera assez naïf ou assez imprudent pour émettre une prétention absolument contraire à un texte de loi. En réalité, les procès naissent toujours d'une difficulté que n'a pas prévue le législateur, et il

[1] *In Verrem*, II, 1, 41.

faut bien alors que le juge complète ou corrige la loi. A ce point de vue, le procédé du préteur n'offre aucun caractère spécial, il est de tous les temps. Ce qui est-plus remarquable, c'est que le magistrat romain, au lieu d'attendre le procès pour lui appliquer la loi, fait connaître à l'avance comment il tranchera les difficultés qui pourront se présenter devant lui ; il procède par voie de dispositions générales et réglementaires, comme on dirait aujourd'hui. Mais il ne faut pas oublier qu'avant la loi Cornelia le préteur n'était pas obligé, par son édit ; il donnait une indication aux plaideurs, sans se lier envers eux. Or, serait-il sérieux de dire que la loi Cornelia a entendu conférer au préteur une partie du pouvoir législatif? Elle s'est tout simplement proposé d'empêcher certains abus, d'assurer une meilleure administration de la justice, en mettant les plaideurs à l'abri de l'arbitraire du préteur: ce que ce magistrat a décidé à l'avance et d'une manière générale, sera désormais obligatoire pour lui, comme s'il l'avait décidé après la naissance du procès et à son occasion. Lorsque le préteur rend son édit, il fait donc, même depuis la loi Cornelia, acte de magistrat judiciaire et non acte de législateur. Le contenu même de l'édit en est une preuve manifeste : l'édit du préteur renferme surtout des dispositions de procédure. Or, on conçoit à la rigueur que les règles relatives à la procédure émanent de l'autorité judiciaire ou du pouvoir administratif, car elles ont moins pour objet de faire la loi que d'en assurer l'application

Le préteur fait connaître à l'avance ses formules ; celles-ci forment entre ses mains l'instrument qui lui permet de remplir ses fonctions. Mais cet instrument, le préteur saura le manier avec un sens pratique remarquable et une habileté étonnante qui lui permettront en fait de supprimer plus d'une fois le droit civil et de lui substituer une nouvelle législation. Le droit prétorien s'affermit et se perpétue avec le temps. Des usages s'établissent ; le préteur les confirme ; Cicéron nous l'apprend lui-même [1]. Déjà, au temps du grand orateur, comme nous l'avons dit, le droit prétorien avait acquis une grande fixité, grâce à la coutume de transmettre l'édit de préture en préture. Ces édits, presque toujours identiques, s'affermissaient par le temps. Ils acquéraient la force législative qu'on reconnaît à l'usage ; ils faisaient, en un mot, partie du droit coutumier et en constituaient même la branche principale. Les édits des magistrats ne passèrent du droit non écrit dans le droit écrit qu'après la réforme accomplie par Salvius Julianus sur l'ordre de l'empereur Adrien. Aussi le jurisconsulte Gaius ne place-t-il l'édit des magistrats comme source de droit écrit, qu'après la loi, le plébiscite, le sénatus-consulte, la constitution impériale. Gaius suit, pour l'indication des différentes sources du droit écrit, l'ordre dans lequel elles sont nées successivement ; il n'est pas téméraire de conjecturer que, pour l'édit du magistrat, il n'a pas entendu déroger à sa méthode ordinaire.

[1] Cicéron, *De Inventione*.—Cf. de Caqueray, *op. cit.*, p. 416.

72. — De bonne heure, les jurisconsultes comprirent la nécessité de commenter l'édit, de ne pas laisser cette partie du droit coutumier à l'état de pure pratique, de lui imprimer un certain caractère scientifique. Déjà Servius Sulpicius, ami de Cicéron, avait écrit deux livres sur l'édit du préteur. Mais ce commentaire était très bref et tout à fait insuffisant. L'élève de Servius Sulpicius, Aulus Ofilius, ami intime de Jules César, composa le premier un commentaire méthodique sur l'édit du préteur ; il essaya aussi de réunir en un tout complet les principes épars du droit civil.[1] Il n'est pas téméraire de conjecturer que le jurisconsulte Aulus Ofilius a peut-être été inspiré dans son entreprise par l'influence de Jules César. En effet, ces deux ouvrages d'Ofilius avaient tous deux pour objet de préparer une sorte de codification du droit civil et du droit prétorien.[2] Or, on sait que César avait conçu l'idée de codifier le droit romain ; il voulait, nous dit Suétone, *jus civile ad certum modum redigere, atque ex immensa diffusaque legum copia optima quæque et necessaria in paucissimos conferre libros.*[3] Ce projet de César ne lui était

[1] Loi 2, § 44, *De origine juris*, 1, 2.

[2] On est à peu près d'accord aujourd'hui pour lire ainsi le texte de Pomponius qui se rapporte à Aulus Ofilius : *Is fuit Cæsari familiarissimus et libros de jure civili plurimos, et qui omnem partem operis fundarent, reliquit ; nam de legibus vicesinæ primus conscripsit, de jurisdictione idem edictum Prætoris primus diligenter composuit : nam ante eum Servius duos ad Brutum per quam brevissimos ad edictum subscriptos reliquit.*

[3] Suétone, *César*, 44.

d'ailleurs pas personnel. D'autres encore avaient compris l'utilité de ramener le droit romain à des dispositions précises. Les préceptes de la loi des Douze Tables étaient démodés et on ne se faisait pas faute, à l'occasion, de les tourner en ridicule ; mais on reconnaissait l'utilité de condenser, comme l'avaient fait les décemvirs, le droit en un certain nombre d'articles. Au dire de Pomponius, le jurisconsulte Quintus Mucius essaya le premier de réunir tout le droit civil dans un traité général qui ne contenait pas moins de dix-huit livres [1] et son exemple fut ensuite suivi par d'autres. Mais pour le droit prétorien, comme nous l'avons dit, cette œuvre fut entreprise d'abord par Servius Sulpicius, ensuite par Aulus Ofilius.[2] A cette époque, d'ailleurs, le droit prétorien commençait déjà à exercer une certaine influence extérieure. C'est ainsi que dans la loi de l'an de Rome 705, sur la juridiction des magistrats municipaux de la Gaule cisalpine, certains chapitres sont distribués d'après la méthode et la disposition de l'édit prétorien. Cette loi nous parle de l'édit du préteur comme d'une source du droit, déjà reconnue.[3] Cicéron, énumérant dans ses *Topiques* toutes les

[1] Loi 2, § 41, *De origine juris*, 1, 2.

[2] Rudorff prétend que l'œuvre d'Ofilius a précédé celle de Sulpicius (dans sa préface sur l'*edictum perpetuum*, p. 7). Mais le texte de Pomponius est tout à fait formel en sens contraire.

[3] Voy. cette loi dans le 1er vol. du *Corpus inscriptionum* de Berlin, et la *Præfatio* de Rudorff, p. 7, en tête de son *Edictum perpetuum*

sources du droit civil, écrit ou non écrit, nous dit (chap. V) : « *Jus civile id esse, quod in legibus, senatusconsultis, rebus judicatis, juris peritorum sententiis, edictis magistratuum, more, æquitate consistat.* Il reproduit la même doctrine dans son *De inventione*. Les derniers restes de la procédure des *Legis actiones* qu'avait respectés la loi Ælutia, disparaissent sous Auguste en vertu de deux lois Julia. L'ancienne procédure n'est plus employée que devant le tribunal centumviral. Désormais, toute la procédure est entre les mains du préteur. Ce magistrat organise librement une instance depuis son début jusqu'au renvoi devant le juge ; le système des formules d'actions et des exceptions s'applique dans toutes les contestations. Dès lors, rien ne s'oppose plus à ce que l'édit prétorien prenne un essor sans limite.

Le droit prétorien ainsi constitué, provoquait des commentaires plus complets et plus sérieux que les simples essais tentés jusqu'à ce jour par les jurisconsultes. Ces commentaires ne lui firent pas défaut. On a dit que le jurisconsulte Antistius Labéon écrivit un travail sur l'édit du préteur *peregrinus* ;[1] mais nous avons vu que c'est là un point très contestable. Le jurisconsulte Massurius Sabinus, honoré du *jus respondendi* par l'empereur Tibère, successeur d'Ateius Capito, composa aussi un ouvrage sur le droit prétorien, mais qui ne semble pas avoir été fort étendu.[2] Au contraire, le

[1] L. 9, § 4, *De dolo malo*, 4, 3.

[2] C'est ce qui paraît bien résulter de ce qu'en dit le jurisconsulte Paul dans la loi 18, *De operis libertorum*, 38, 1.

jurisconsulte Sextus Pedius est l'auteur d'un ouvrage très considérable sur les *bonorum possessiones*.[1] Citons aussi l'ouvrage de Fabius Mela, qui était fort apprécié du jurisconsulte africain[2], et que mentionnent souvent Paul et Ulpien comme une autorité considérable.

D'ailleurs aucun de ces ouvrages n'est parvenu jusqu'à nous ; nous n'en possédons que de très rares fragments ;[3] ils ne nous sont connus que par les écrits des jurisconsultes postérieurs. On ne doit pas d'ailleurs s'étonner de cette disparition à peu près complète. L'œuvre de Salvius Julianus opéra une véritable révolution dans le droit prétorien ; les commentaires antérieurs à son édit furent délaissés par cela même qu'ils étaient devenus incomplets et s'appliquaient à une législation abrogée.

Mais avant d'arriver à cette œuvre considérable, il faut maintenant parler des édits des magistrats provinciaux.

73. — Dans les provinces, le gouverneur réunissait, à proprement parler, presque tous les pou-

[1] Paul, *Sentences*, VIII, 41. — L. 6, § 2, *De bonorum possessionibus*, 37, 1.

[2] L. 39, *De solutionibus*, 46, 3.

[3] Cf. Aulu-Gelle, XIII, 10, § 3 ; Nonius, I, 258. Voyez aussi les notes de Valerius Probus. Ces notes ont été éditées par Mommsen dans le 4e volume de la collection des grammairiens latins, p. 274 et suiv., et aussi par Huschke, dans sa *Jurisprudentia antejustinianea*, p. 73 et suiv. Cpr. l'article cité de Rudorff dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, p. 5.

voirs : il avait le commandement des troupes, le droit d'enrôler les citoyens aussi bien que les provinciaux.[1] Il avait le droit de faire toutes les réquisitions exigées pour la guerre.[2] L'administration était entre ses mains ; enfin il exerçait la juridiction criminelle et la juridiction civile. La première lui conférait le droit de vie et de mort. Mais les citoyens romains, à l'exclusion des provinciaux, pouvaient y échapper par la *provocatio ad populum*.[3]

Sous la République, un sénatus-consulte fixe les limites de la compétence du gouverneur et lui assigne une dotation pour l'exercice de ses fonctions. Le gouverneur est assisté de légats et d'un questeur. Il y a en général un légat par province prétorienne et trois par province consulaire. Les légats sont nommés par le sénat, ordinairement sur la proposition du gouverneur, parmi les personnes de rang sénatorial. Ils sont chargés de remplacer le gouverneur absent ou empêché. Parfois ils obtiennent un commandement distinct de celui du gouverneur ou exercent d'une manière permanente la juridiction dans une partie de la province.

En 727, les provinces sont partagées entre Auguste et le sénat, et depuis cette époque, on distingue les provinces en impériales ou sénato-

[1] Cicéron, *Ad Atticum*, V, 18, 2. — *Ad familiarem*, XV, 1, 5.

[2] Cicéron, *In Verrem*, II, 5, 17, 43 ; *pro Flacco*. XII, 27.

[3] Cicéron, *In Verrem*, II, 5, 54.— On sait que l'apôtre saint Paul usa de ce droit. *Actes des apôtres*, 22, 25 et suiv.

riales ; celles-ci continuent à être prétoriennes ou consulaires.[1]

Les gouverneurs des provinces sénatoriales s'appellent proconsuls. Ils exercent surtout des pouvoirs administratifs et judiciaires ; leur autorité militaire est à peu près nulle. S'il y a lieu d'établir un corps de troupes important dans une province du sénat, il est commandé par un légat. Les proconsuls ont encore sous leurs ordres des légats et un questeur par province. Il est en outre établi des *procuratores* chargés de recueillir les impôts dus au fisc et les revenus du domaine impérial. Les fonctions du proconsul continuent à être limitées à un an.

Les provinces de l'empereur sont administrées par des légats, *legati Augusti pro prætore*, et ces légats sont *consulares* ou *prætorii*, suivant le rang de la province. En réalité, c'est l'empereur qui est proconsul de ses propres provinces. Les légats qu'il désigne ne sont que ses lieutenants ; aussi sont-ils nommés pour un temps indéterminé. Au-dessous des ordres du légat impérial sont placés, dans chaque province, le *legatus Augusti legionis,* qui commande la légion stationnée dans cette province, et le *legatus juridicus,* chargé probablement, comme l'indique son titre, de tout ou partie de la juridiction. Quant aux fonctions des questeurs, elles sont remplies par un *procurator pro-*

[1] L'empereur prit pour lui les provinces où stationnaient des légions et laissa au sénat celles qui étaient depuis longtemps pacifiées.

vinciæ qui, indépendamment de ses attributions financières, est parfois chargé de représenter temporairement le gouverneur.

Le droit en vigueur dans les provinces de l'empire n'était pas le même pour toutes les personnes. Les citoyens romains restaient soumis au droit romain. Il y avait dans chaque province un nombre plus ou moins considérable de *liberæ civitates*, de *civitates fœderatæ* ou de *liberi populi (regna)* qui, en vertu d'un traité passé avec Rome, avaient conservé leur indépendance, sauf la suzeraineté de Rome. Ces habitants demeuraient régis par leurs anciennes lois et coutumes ; l'administration et la justice ne subissaient aucun changement.[1] Les autres parties de la province, divisées en *conventus* ou *regiones*, relevaient directement de l'administration romaine. Mais, le plus souvent, Rome leur avait, par esprit politique, conservé leurs lois et leurs usages. La loi constitutive de la province (*lex* ou *forma provinciæ*) ou bien encore une loi postérieure ou un sénatus-consulte, consacrait le maintien de ces anciens usages. La loi d'organisation se bornait habituellement à poser quelques principes de juridiction.[2] Rome usait ordinairement de cette générosité même vis-à-vis

[1] Ils pouvaient même faire des lois à leur usage. On exprimait cette idée en disant qu'ils jouissaient du privilège de *suas leges habere*.

[2] Voy. par exemple Sénatus-consulte de Asclepiade.— Cicéron, *In Verrem*, II, 2, 13, 37 sqq: *pro Flacco*, 30; *ad familiarem*, XIII, 19; *Ad Atticum*, VI, 1, 15; VI, 2, 4. — César, *De bello gallico*, I, 45. — Tite-Live, XXXV, 5. — Plutarque, *Marcel-*

des peuples déditices. Aussi les hommes libres *sine civitate* étaient-ils relativement peu nombreux et cet état était le plus souvent la conséquence d'une condamnation emportant *media capitis deminutio* ou de certains affranchissements.[1]

Entre citoyens romains et *peregrini* et aussi entre *peregrini* relevant de lois civiles différentes, comme enfin pour les *liberi sine civitate*, on appliquait le droit des gens. Il y avait toutefois des lois votées à Rome qui s'étendaient aux provinces et s'appliquaient dès lors entre tous les habitants de l'empire sans distinction de nationalité. Tantôt une loi faite originairement pour Rome était ensuite étendue aux provinciaux ; ainsi un sénatus-consulte, proposé par Hadrien, appliqua aux provinces la

lus, 23. — En matière de succession, cpr. Cicéron, *In Verrem*, I, 2, 22; *ad familiarem*, XIII, 19. — Pline, *Epist*, X, 88., — Ulpien, XX, 14. — Quant au droit de famille ; Gaius, *Com.* I, 92, 189, 193, 197, 198. Cf. table de Salpensa, c. 23. — Pour les droits patrimoniaux : Cicéron, *Ad familiarem*, XIII 56, — Pline, *Epist.*, X, 109, 110. — Gaius, *Com.* III, 96, 120, 134. — Dositheus, *Fragmentum de manumissionibus*, 14. — L, 37, D., *De rebus auctoritate judicis possidendis*, 42, 5.

[1] Ainsi deviennent *peregrini sine civitate* ceux qui ont été condamnés à l'interdiction de l'eau et du feu, à la déportation ou aux travaux publics perpétuels. Les affranchis latins juniens sont aussi des *apolides*, mais ils sont placés dans la même condition que les latins *colonarii* et jouissent, en conséquence, du *commercium* (Ulpien, *Règles* XIX, 4). A côté et au-dessous d'eux figurent encore dans la classe des apolides les affranchis pérégrins déditices créés par la loi Ælia Sentia. Ces derniers sont assimilés aux pérégrins déditices et de plus soumis à certaines rigueurs spéciales (Gaius, *Com.* I, 12, 13, 22 et suiv.).

loi Ælia Sentia relative aux affranchissements faits par un débiteur en fraude de ses créanciers ; la loi Julia et Titia reçut la même extension en matière de tutelle.[1] D'autres fois, le sénatus-consulte, l'édit, le rescrit s'appliquaient dès le principe à tout l'empire.[2] Parfois aussi et même déjà sous la République, certaines lois concernaient spécialement les provinces ; telle fut la loi Apuleia *de sponsu*.[3] Parfois même il s'élevait des difficultés sur le point de savoir si une loi concernait à la fois les romains et les pérégrins ou était au contraire propre aux premiers.[4] C'est de ce contact du droit romain avec les législations des provinces, c'est de l'édit du préteur pérégrin et de ceux des magistrats de province qu'est né et s'est développé le *jus gentium*. Il s'est même parfois aussi produit un phénomène inverse de celui que nous avons constaté : le droit romain s'est approprié quelques institutions des pérégrins, par exemple, la théorie de l'hypothèque, celle des *chirographa* et des *syngraphæ*.

A son entrée en fonctions, le magistrat rendait un édit pour déterminer la manière dont il administrerait la justice : il appliquait le droit romain aux citoyens romains, le droit de la contrée

[1] Gaius, *Com.* I, 47 et 185.
[2] Pline, *Epistolæ*, X, 71, 72, 77.
[3] Rudorff, *Geschichte des römischen Rechts*. I, § 20, p. 50. — Gaius, *Com*, III, 122. Voy. aussi *Com.* I, 183.
[4] Voy. la *disputatio forensis de manumissionibus* ou fragment de Dosithée, § 12 ou 14.

aux provinciaux, et enfin entre citoyens romains et provinciaux ou entre provinciaux de contrées différentes, le droit des gens.[1] D'ailleurs l'organisation de la justice et les formes de la procédure étaient calquées sur le système de la capitale. Les *civitates fœderatæ* ou *liberæ* échappaient seules à cette organisation, puisqu'elles avaient conservé, comme nous l'avons vu, non seulement leurs lois, mais encore leur administration et leur justice propres, en vertu du traité qui les unissait avec Rome.[2] Dans toutes les autres parties de la province, les plaideurs s'adressaient au gouverneur qui leur délivrait une formule et celle-ci les renvoyait devant un juge ou des *recuperatores*. Ces juges étaient des citoyens romains, *selecti ex conventu civium romanorum*, toutes les fois que le procès intéressait un citoyen et même si l'autre partie était un *peregrinus* ; lorsque les deux plaideurs étaient étrangers, le président renvoyait devant des *recuperatores* de leur cité commune.[3] Si les plaideurs appartenaient à deux cités différentes, le magistrat choisissait des *recuperatores* parmi les

[1] Sur le droit qu'appliquait à Rome le préteur pérégrin, voyez Humbert, *De la condition des pérégrins* dans le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. XIX, p. 15, et de Boeck, *Le préteur pérégrin*, p. 128 et suiv.

[2] Voy. le sénatus-consulte de l'an 674, qui assure à Chio le maintien de son autonomie dans le *Corpus inscriptionum græcarum*, n° 2222, et pour l'autonomie de Pise, le plébiscite de 682 dans le *Corpus inscriptionum latinarum*, I, n° 204.

[3] Cicéron, *In Verrem*, II, 13, 37, 38 ; *ad Atticum*, VI, 1, 15 ; VI, 2, 4.

indigènes du pays où était jugé le procès.[1] En cas de litige entre une ville et un provincial d'une autre cité, le magistrat attribuait juridiction au sénat d'une troisième ville.[2] Dans certaines provinces, probablement par faveur spéciale, notamment en Sicile, le juge devait être de la qualité du défendeur. Ainsi il aurait été Sicilien si l'action avait été intentée par un Romain contre un Sicilien.[3] Quant à la procédure, on suivait celle du juge ou des récupérateurs chargés de statuer sur la contestation, sauf les modifications introduites par l'édit du gouverneur pour les villes qui n'avaient pas conservé leur autonomie.

A l'effet d'organiser toute cette administration de la justice et de la procédure, le gouverneur rendait, à son entrée en fonctions, un édit comme les préteurs à Rome. Il n'est pas inutile de rappeler que le *jus edicendi* n'appartenait pas, sous l'empire, indistinctement à tous les magistrats qui gouvernaient les provinces. Ce droit existait au profit des proconsuls des provinces sénatoriales ; de même, les questeurs y rendaient des édits analogues à ceux des édits curules.[4] Mais dans les provinces de l'empereur, on ne reconnaissait pas le *jus edicendi* au *legatus Augusti*, pas plus qu'on ne

[1] Boeckh, *Corpus inscriptionum*, II, nos 2265, 2358, 2598.

[2] Cicéron, *In Verrem*, II, 14, 18, 22, 25.

[3] Cicéron, *In Verrem*, II, 13 ; III, 58 et suiv.; *ad Atticum* VI, 1 et 2. Des auteurs enseignent que ce système, appliqué en Sicile, était aussi le droit commun.

[4] Gaius, *Com.* I, 6. — On se rappelle qu'il n'y avait pas de questeur dans les provinces de César.

l'aurait accordé dans une province du sénat au *legatus proconsulis*; c'était l'empereur lui-même qui promulguait un édit ou le légat en son nom. Il ne pouvait pas non plus être question de l'édit du questeur, puisque ce magistrat n'existait pas et on ne reconnaissait pas le *jus edicendi* au *procurator* qui le remplaçait[1].

Le proconsul proclamait et publiait son édit à son entrée en fonctions, comme le préteur à Rome. Il avait les mêmes droits que ce magistrat : le gouverneur de la province n'était pas lié par l'édit de son prédécesseur; il lui était même permis, avant la loi Cornelia, de modifier son édit au cours de sa magistrature. Mais en fait, cet édit provincial, par cela même qu'il était en grande partie imité de ceux des préteurs, prit de très bonne heure une forme définitive. Il y eut une sorte de modèle d'édit provincial qui se transmettait de magistrat en magistrat. On savait mauvais gré à celui qui ne tenait pas compte des usages établis, et surtout à celui qui se permettait de modifier son édit au cours de sa magistrature. Parmi les reproches qu'adresse Cicéron à Verrès, se trouvent précisément ceux-là. Comme proconsul de Cilicie[2], Cicéron eut soin, au contraire, de respecter les usages locaux et de se conformer aux édits des préteurs de Rome : « *Breve autem edictum est propter hanc meam* διαίρεσιν, *quod duobus generibus edi-*

[1] Gaius, *Com.* I, 6.
[2] Cicéron *in Verrem*, I, 43 et suiv ; III, 65.

cendum putavi : quorum unum est provinciale, in quo est de rationibus civitatum, de ære alieno (sc. civitatum), *de usura, de syngraphis ; in eodem omnia de publicanis : alterum, quod sine edicto satis commode transigi non potest, de hæreditatum possessionibus, de bonis possidendis, magistris faciendis, vendundis, quæ ex edicto* (sc. urbano) *postulari et fieri solent* (sc. imperio Prætoris)*; tertium de reliquo jure dicundo* (sc. ex ordine judiciorum privatorum) ἄγραφον *reliqui ; dixi me de eo genere mea decreta ad edicta urbana accommodaturum*[1]. On le voit, dans ce passage, Cicéron nous apprend comment il a rédigé son édit. La première partie est relative au droit propre à la province et concerne notamment les comptes des villes, leurs dettes, les publicains ; la seconde partie se rapporte au droit privé et traite de l'envoi en possession des biens, de l'*emptio bonorum* qui exigeait un envoi préalable en possession des créanciers par le magistrat. Quant à la *juridictio*, Cicéron déclare qu'il s'en refère à l'édit du préteur urbain. Il y avait bien, comme on le voit, dans l'édit du gouverneur, une partie propre à la province et qui portait sur certaines questions déterminées. Cette première partie comprenait le *jus provinciale*, c'est-à-dire l'ensemble des lois et usages qui étaient en vigueur au moment de la conquête et qui avaient été respectés par les Romains ; c'était certainement la plus originale. La

[1] Cicéron, *ad Atticum*, VI, 1.

seconde partie était plus générale et concernait les rapports des Romains entre eux ou avec les pérégrins ; pour cette partie, le gouverneur s'inspirait du préteur, de même que pour la première il s'attachait à observer la tradition établie par ses prédécesseurs. Cicéron, on l'aura remarqué, écrit à Atticus que sur un grand nombre de questions il s'est borné à une simple référence à l'*edictum urbanum*, sans même prendre la peine d'en transcrire les dispositions. C'est la preuve la plus manifeste de l'influence immense de l'édit du préteur urbain.

Cependant si certains abus s'introduisirent à Rome, ils durent être encore plus fréquents dans les provinces. Sans doute les magistrats provinciaux étaient menacés en cas d'abus, comme ceux de Rome, de certaines conséquences graves. Une fois sortis de charge, ils pouvaient être mis en accusation et l'exemple de Verrès prouve que ce droit n'était pas un vain mot. De même, s'ils avaient établi des règles nouvelles comme magistrats, soit dans leur édit, soit hors de leur édit, on pouvait plus tard les retourner et s'en prévaloir contre eux et par exemple le magistrat qui aurait refusé une action dans certaines circonstances ne pouvait pas plus tard réclamer cette même action à son profit dans des circonstances identiques [1]. Mais l'*intercessio*, si puissante à Rome, par cela même qu'elle permettait à un magistrat d'annuler ou de paralyser toute décision

[1] L. 1, § 1, *quod quisque juris in alterum*, 2, 2.

d'un autre magistrat égal ou inférieur [1], ne fonctionnait pas en province. Aussi la loi Cornelia fut-elle un bienfait pour les provinces comme pour Rome. Plus tard l'édit perpétuel de Salvius Julianus fut également commun aux provinces et à Rome. Mais il faut toutefois bien s'entendre sur ce point qui a soulevé de vives controverses. Les uns ont prétendu que l'édit de Julien était étranger à l'édit du préteur pérégrin et à ceux des magistrats de province. D'autres, au contraire, ont soutenu qu'à partir d'Hadrien il n'avait plus existé qu'un seul édit obligatoire pour tous. Ces deux solutions sont l'une et l'autre inexactes. Toutefois avant d'aborder ces difficultés, il nous faut maintenant étudier l'œuvre considérable connue sous le nom d'édit perpétuel de Salvius Julianus.

74. — L'édit perpétuel de Salvius Julianus domine toute l'histoire du droit prétorien. Il est d'autant plus nécessaire de s'y arrêter assez longuement, qu'il soulève encore aujourd'hui de sérieuses controverses. Salvius Julianus, élève de Javolenus, grand-père de l'empereur Didius Julianus, jouit comme jurisconsulte d'une autorité tout exceptionnelle auprès de ses contemporains et parmi ses successeurs. Il est un des jurisconsultes dont les travaux ont le plus servi à la compilation des commis-

[1] En outre le droit d'intervention existait d'une manière absolue au profit des tribuns du peuple.

saires de Justinien. A lui seul, Julianus a fourni aux commissaires de Justinien plus de matériaux que tous les jurisconsultes qui l'ont précédé. Ses œuvres occupent dans le Digeste une place presqu'aussi considérable que celle accordée aux ouvrages de Papinien, un de ses successeurs les plus célèbres. S'il n'a pas conservé dans l'histoire du droit la renommée dont sont entourés les jurisconsultes Gaius, Paul, Papinien, Ulpien, c'est qu'il a surtout travaillé pour la pratique judiciaire. Mais il fut de son vivant revêtu des dignités les plus considérables de l'Empire ; préteur, consul, préfet de la ville, membre du conseil de Marc-Aurèle, de Verus, qui l'appelle *amicus noster* [1], enfin membre du conseil d'Hadrien. Salvius Julianus était tout naturellement désigné par ses relations avec l'empereur, par ses fonctions, par sa renommée comme jurisconsulte, pour réaliser le projet d'Hadrien. Il était en relations fréquentes et particulièrement lié avec cet empereur, qui l'avait attaché à son conseil. Avant de parvenir à cette dignité, il avait rempli à Rome et en province des fonctions administratives et judiciaires qui lui permettaient de connaître tout spécialement les édits des magistrats : préteur à Rome, légat de l'empereur en Aquitaine [2], préfet de la ville et deux fois consul, ainsi que nous l'apprend Spartien, dans la vie de son petit-fils l'empereur Didius Julianus. Comme préteur, il in-

[1] L. 17, pr. *De jure patronatus*, 37, 14.
[2] L. 12, *De custodia reorum*. 48, 3.

troduisit dans l'édit quelques dispositions nouvelles : il est l'auteur de l'édit *de conjungendis cum emancipato liberis*. Comme jurisconsulte, Salvius Julianus appartenait à l'école des Sabiniens dont il devint le chef pendant que Juventius Celsus représentait l'école proculienne. D'ailleurs Julien ne se croyait pas plus que les autres Sabiniens, obligé à suivre les doctrines de ses prédécesseurs et, plus d'une fois, on le voit préférer celle des Proculiens [1]. Il a écrit un grand nombre d'ouvrages : *XC libri digestorum* ; une monographie *(liber singularis)* intitulée *de ambiguitatibus ; VI libri ad Minicium Natalem* ; un certain nombre de livres sur l'édit, probablement 36 [2]. On voit que les titres ne manquaient pas à Salvius Julianus et il est tout naturel que l'empereur ait chargé ce jurisconsulte de la codification de l'édit prétorien.

Beaucoup de jurisconsultes ont autrefois contesté ce caractère de l'œuvre de Julien et, de nos jours encore, la doctrine qui ne reconnaît à l'édit de Julien qu'un caractère privé n'est pas complètement abandonnée. D'un autre côté, même en admettant avec la grande majorité des auteurs récents que l'édit de Julien est une œuvre législative, on ne tarde pas à se heurter à une foule de difficultés ; dès que l'on veut déterminer la nature de cette œuvre et ses effets essentiels, on ne rencontre plus que

[1] Voy. notamment L. 1, § 14, *ad legem Falcidiam*, 35, 2. — L. 6, *de liberis et postumis*, 28, 2.

[2] Voy. l'*Historia juris romani chronologica* placée en tête du *Corpus juris civilis* de Denys Godefroy.

des controverses. Au premier abord il semble que si Julien avait été chargé par l'empereur de rédiger officiellement l'édit, de sorte que le droit prétorien aurait cessé d'être une source de droit coutumier pour devenir une branche du droit écrit et rester indépendant de l'action des magistrats, un événement aussi considérable aurait dû être relevé avec soin par les jurisconsultes et les historiens. Or ce fait considérable n'est constaté par aucun des contemporains d'Hadrien ni même par les jurisconsultes postérieurs dont les travaux ont passé dans le Digeste. Tout ce que nous savons du caractère législatif de l'œuvre de Julien nous est révélé par des constitutions de l'empereur Justinien. Aussi a-t-on plus d'une fois mis en doute l'existence de l'innovation attribuée à l'empereur Hadrien et discuté sur la nature du travail de Julien. Heineccius pensait au siècle dernier que l'édit de Julien avait eu pour objet de mettre un terme aux controverses des Sabiniens et des Proculiens [1]. Mais cette opinion ne saurait plus être soutenue aujourd'hui, car les Commentaires de Gaius nous ont appris que de son temps et par conséquent après la mort d'Hadrien, les discussions continuaient. D'ailleurs il n'aurait pas été possible de mettre, par une loi de procédure, fin à toutes les controverses qui étaient nées du droit civil [2].

[1] Heineccius, *Historia juris civilis*, II, 2, § 8 et 14.

[2] Heineccius se fondait sur la loi 1, § 1, *De jure fisci*, 49, 14, où il est dit, en effet, qu'une certaine opinion de Labéon était contraire à une disposition de l'édit perpétuel ; mais on

Au commencement de ce siècle, Hugo a très vivement attaqué l'opinion qui voit dans l'édit de Julien une œuvre législative; mais ses attaques l'ont conduit au scepticisme. L'édit, selon cet auteur, ne fut changé ni en la forme ni au fond; ce fut toujours le magistrat qui continua de parler en son nom propre; le mot *perpetuum* a conservé le sens qu'il avait toujours reçu. D'autres moins sceptiques que Hugo, tout en soutenant qu'Hadrien n'avait pris aucune mesure à l'égard de l'édit perpétuel, ont expliqué de manières très diverses les textes de Justinien. Suivant les uns, Salvius Julianus a rendu comme préteur un édit particulièrement remarquable qui a attiré l'attention des savants et a servi de guide pour l'avenir aux magistrats et aux jurisconsultes; mais cet édit n'avait aucun caractère législatif et il ne différait des précédents que par sa valeur juridique. On a aussi proposé de dire que la transmission des édits de magistrat en magistat s'était tout particulièrement accentuée à partir d'Hadrien; autrefois tel préteur se permettait encore de temps à autre un changement dans la rédaction de son édit; désormais on n'en fit plus aucun et c'est cette confirmation incessante de l'édit par l'usage qui a conduit Justinien à lui donner un caractère législatif à partir d'Hadrien. Une autre doctrine consiste à prétendre que Justinien a confondu l'édit avec le Commentaire que Julien en a donné ou même avec les *Digesta* de ce

voit combien il était téméraire de faire reposer tout un système sur une simple loi de détail.

jurisconsulte. Toutes ces explications comme on le voit, ont le tort commun d'accuser Justinien d'avoir commis une grossière erreur. Nous relèverons encore, sans nous y arrêter, l'opinion de Leist [1], suivant laquelle Julien se serait proposé de confondre en un seul tout le droit civil et le droit prétorien. Il suffit de se reporter aux dispositions de l'édit parvenues jusqu'à nous, pour se convaincre que l'édit de Julien porte surtout sur certaines parties de la procédure. S'il avait eu l'objet indiqué par Leist, la distinction entre le droit civil et le droit prétorien aurait dû nécessairement disparaître ; or on sait qu'elle s'est perpétuée jusque sous Justinien. Ecartons donc ces différentes solutions et voyons comment on peut reconnaître à l'œuvre de Julien un caractère législatif et expliquer le silence de ses contemporains sur cette grave innovation.

Le silence de Pomponius est, dit-on, presque surprenant. Ce jurisconsulte a le soin de nous dire, comme nous l'avons vu, que le jurisconsulte Ofilius, ami intime de César, avait, le premier, tenté une codification du droit civil et du droit prétorien. Pour ce qui est de Julianus, il se borne à le mentionner le dernier de tous et sans aucune observation. Pourquoi Pomponius ne parle-t-il pas de l'œuvre de Julien, surtout si elle avait un caractère législatif? Pourquoi ne mentionne-t-il pas ses rapports avec l'empereur Hadrien? Il semble qu'un

[1] *Rechtssystem*, p. 68.

rapprochement tout naturel s'imposait à l'esprit : de même qu'Ofilius avait, sous l'influence de César, essayé de codifier le droit romain, de même Salvius Julianus, sur l'ordre d'Hadrien, avait repris cette œuvre, tout au moins pour le droit prétorien. Cependant le silence de Pomponius selon nous peut s'expliquer ainsi : le texte de ce jurisconsulte se termine brusquement par la mention de Salvius Julianus, c'est-à-dire que les commissaires de Justinien ont pratiqué à cet endroit leur coupure ; mais qui nous dit que dans la suite du texte Pomponius ne consacrait pas des développements à Salvius Julianus et à son œuvre? Peut-être les ont-ils supprimés comme inutiles ; à ce moment cessait pour eux les antiquités du droit romain. La suite de son histoire était si connue, qu'il ne semblait pas nécessaire aux maladroits commissaires de la poursuivre plus longtemps. Ce qui est certain, c'est qu'au temps de Justinien, on connaissait encore très nettement l'origine et la nature de l'œuvre de Julien.

On s'explique plus difficilement le silence de Spartien, le biographe de l'empereur Hadrien. Spartien s'attache, on le sait, à rapporter avec un soin scrupuleux les moindres détails de la vie de cet empereur ; il n'oublie pas de mentionner l'estime de l'empereur Hadrien pour les jurisconsultes et en particulier pour Salvius Julianus. « *In consilio habuit*, dit-il, *non amicos suos aut comites solum, sed jurisconsultos, et præcipue Julium Celsum, Salvium Julianum, Neratium Priscum, aliosque quos tamen senatus omnis probasset.* »

Pas un mot sur l'édit perpétuel et il garde le même silence lorsqu'à propos de l'empereur Julianus il rappelle la mémoire de notre jurisconsulte qui était, en effet, le bisaïeul de cet empereur [1]. Ce silence peut cependant s'expliquer. Spartien ne l'observe-t-il pas aussi sur d'autres innovations législatives de notre empereur? Il ne dit pas un mot du rescrit d'Hadrien sur le *jus respondendi*. En réalité, ces changements dans les pouvoirs administratifs et judiciaires, frappaient peu les personnes qui n'étaient pas au courant des subtilités de la jurisprudence. En dehors des jurisconsultes, l'innovation d'Hadrien, relative au *jus respondendi* est demeurée inaperçue. Il faut en dire autant de l'œuvre entreprise par Julien. Que fit, en effet, ce jurisconsulte? Un édit perpétuel, reproduisant les dispositions antérieures du droit prétorien. N'était-ce pas là une œuvre par bien des côtés semblable à celle qu'avaient accomplie jusqu'alors les magistrats? Jusqu'alors, chaque nouveau magistrat avait eu en droit la faculté de bouleverser les usages prétoriens, mais en fait il s'en était bien gardé et s'était, au contraire, toujours attaché à les respecter. Julien publiait une fois pour toutes un édit afin d'éviter à l'avenir aux magistrats le soin de se livrer à leur entrée en fonctions à un acte qui était devenu une pure formalité sans importance. C'est avec ce caractère qu'a paru l'œuvre de Salvius Julianus auprès du public et même auprès

[1] Spartien, *Hadrianus*, § 18; *Didius Julianus*, § 20.

des lettrés. Ainsi aperçue, dans un jour assez vague et incertain, elle perd une grande partie de son importance. On la connaît, mais on n'en comprend pas bien nettement la portée et, par prudence, les écrivains se dispenseront de l'expliquer ou même d'en parler. Plus de cent cinquante ans après Hadrien et sous le règne de l'empereur Valence, l'abréviateur Eutrope mentionne l'édit perpétuel de Salvius Julianus, mais il a bien soin de ne nous donner aucune explication [1]. Sextus Aurelius Victor, autre historien du IVe siècle, n'en dit guère davantage. Il nous apprend que Didius Julianus a mis l'ordre dans l'édit et en a fait cesser les variations : *Edictum in ordinem composuit, quod varie inconditeque a prætoribus promebatur* [2]. On voit que cet historien qui vivait sous Arcadius et Honorius ne s'explique pas sur le rôle d'Hadrien, pas plus qu'Eutrope et qu'en outre il commet une erreur grave en attribuant à Didius Julianus l'œuvre de son aïeul. En réalité les historiens ne nous font connaître que les rumeurs vagues du public, mais ils ne connaissent pas la portée de l'œuvre

[1] *Post hunc* (Pertinacem) *Salvius* (Didius ?) *Julianus rempublicam invasit, vir nobilis et juris peritissimus ; nepos Salvii Juliani, qui sub divo Adriano perpetuum composuit Edictum.* » Le métaphraste grec d'Eutrope, l'obscur Pæanius, en dit un peu plus long, sans en apprendre davantage ; mais il écrivait sous Justinien et à Constantinople. Eutrope, *Hist. rom. Breviar.*, VIII, 17, édit. d'Havercamp, p. 373. Pæanius, *ibid.* p. 676 : Cf. Giraud, Compte rendu sur la restitution de l'*edictum perpetuum*, de Rudorff, dans la *Revue de législation ancienne et moderne*, années 1870-1871, p. 199.

[2] *De Cæsaribus*, § 19.

d'Hadrien : ils savent bien que Salvius Julianus a composé un édit perpétuel, mais c'est tout. Lorsqu'ils affirment que cet édit a mis fin aux variétés du droit prétorien et en a groupé les dispositions dans un plan méthodique, ils commettent une erreur manifeste. Depuis plusieurs siècles déjà, les édits étaient conçus d'après un certain plan et se transmettaient ainsi de magistrat en magistrat, sans changement appréciable.

Justinien seul nous donne des renseignements précis sur l'œuvre de Julien, sur sa nature et sur la part qui en revient à l'empereur Hadrien. Ces indications se trouvent dans la fameuse constitution *Dedit* qui traite *de confirmatione Digestorum* et dans la constitution *Tanta* [1]. Toutes deux nous

[1] Constitution *Dedit, de confirmatione digestorum*, § 18 (p. 60 f. de l'édition du Digeste par Kriegel.—Constitution 2, § 18. *De vetere jure enucleando*, 1 17. Voici le passage de la constitution *Dedit : Si qua autem in posterum controversia orta esset, de qua nihil in his legibus scriptum appareret, — multa enim nova producit natura profecto imperium Deus propterea demisit ad homines, ut indigentibus semper aliquid constituens, humanæ naturæ incertum adimpleat, et certis circumscribat legibus et finibus ; et hoc, non solum a nobis dictum est, verum jampridem etiam omnium, qui inter jurisconsultos floruerunt, doctissimus Julianus id ipsum apparet dixisse, et ab imperiali auctoritate super exortis controversiis implorasse supplementum, et insuper Hadrianus piæ memoriæ, quique Prætorum annua edicta in brevem quemdam coegit tractatum, optimum Julianum ad hoc assumens, in oratione, quam in publico recitavit in veteri Roma, hoc ipsum asserit, quod si quid præter id, quod constitutum est, emerserit, officium sit eorum, qui in magistratu sunt, id conari dirimere, et remedium adhibere secundum eorum, quæ jam disposita sunt, consequentiam.* Quant à la constitution 2 *(Tanta)* § 18. *De vetere jure enucleando*, 1, 17, elle porte : *Sed quia divinæ quidem res perfec-*

parlent de la participation de l'empereur Hadrien à l'édit perpétuel. Dans la constitution *Dedit*, Justinien fait allusion à une *Oratio* que l'empereur Hadrien aurait prononcée dans le Sénat à cette occasion, et la constitution *Tanta* explique ce fait par un détail nouveau en nous apprenant qu'Hadrien aurait provoqué du Sénat un sénatus-consulte qui donnait force de loi à l'œuvre de Julien. Dans quel but l'empereur Hadrien a-t-il voulu conférer force législative à l'édit préparé par le jurisconsulte Julien ? Rudorff prétend que l'empereur se proposait tout simplement de reprendre le projet de Jules César : ramener à des principes précis et peu nombreux la masse informe des édits des magistrats de Rome et des provinces ; en un mot codifier le droit [1]. Il nous semble cependant,

tissimæ sunt, humani vero juris conditio semper in infinitum decurrit, et nihil est in ea, quod stare perpetuo possit (multas etenim formas edere natura novas deproperat), non desperamus, quædam postea emergi negotia, quæ adhuc legum laqueis non sunt innodata. Si quid igitur tale contigerit, augustum imploretur remedium, quia ideo imperialem fortunam rebus humanis Deus præposuit, ut possit omnia, quæ noviter contingunt, et emendare, et componere, et modis et regulis competentibus tradere. Et hoc non primum a nobis dictum est, sed ab antiqua descendit prosapia, quum et ipse Julianus, legum et edicti perpetui subtilissimus conditor, in suis libris hoc retulit, ut, si quid imperfectum inveniatur, ab imperiali sanctione hoc repleatur ; et non ipse solus, sed et divus Hadrianus in compositione edicti et senatusconsulto, quod eam secutum est, hoc apertissime definivit, ut, si quid in edicto positum non inveniatur, hoc ad eius regulas ejusque coniecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas.

[1] Voy. l'aricle de Rudorff intitulé : *Ueber die julianische Edictsredaktion*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, III, p. 11, et suiv.

si l'on rapproche cette mesure prise par l'empereur Hadrien d'autres décisions du même prince, qu'on peut l'expliquer autrement. Il est vrai que César avait conçu le projet d'une véritable codification. Aussi avait-il songé autant au droit civil qu'au droit prétorien. Suétone est formel : il nous apprend qu'il aurait fallu, au gré de César, réunir en une seule masse l'ensemble des lois civiles et quant au droit prétorien, nous avons vu que César avait chargé des jurisconsultes de commencer l'œuvre d'unité. Tout autre est le plan de l'empereur Hadrien : il songe moins à codifier le droit qu'à affermir l'autorité impériale, en retirant aux magistrats de l'ordre judiciaire une partie de l'indépendance qu'ils avaient conservée jusqu'alors. La rédaction de l'édit perpétuel se rattache à d'autres mesures qui ont toutes pour objet de mettre le droit et la justice dans les mains de l'empereur. Nous avons déjà vu qu'Hadrien a considérablement augmenté l'importance des jurisconsultes officiels, c'est-à-dire des hommes de loi qui auraient obtenu de l'empereur le *jus respondendi*, en décidant que les réponses des prudents auraient force de loi et seraient obligatoires pour le juge lorsqu'elles seraient toutes données dans le même sens. En conférant ainsi aux jurisconsultes qui avaient obtenu le *jus respondendi* la qualité de véritables fonctionnaires impériaux, on amoindrissait par cela même tous les autres et la jurisprudence devait nécessairement prendre la direction que lui imprimeraient les hommes de loi de l'empereur. Ce

n'est pas tout : Hadrien a aussi modifié l'organisation de son conseil et pour mieux neutraliser l'influence des jurisconsultes indépendants, il appela à ce conseil les chefs des deux grandes écoles, Salvius Julianus et Juvensius Celsus. C'est aussi sous Hadrien qu'apparaissent, pour la première fois, les rescrits qui tranchent des questions de droit ; ces rescrits sont préparés par les jurisconsultes officiels ; par ce moyen encore, le droit et la justice suivent l'impulsion que leur donne l'autorité impériale. La rédaction d'un édit perpétuel ayant force de loi, tend au même but : les magistrats perdront la liberté de rédiger l'édit à leur convenance et ils devront se soumettre à celui de l'empereur. Il est vrai que, depuis fort longtemps, les magistrats n'abusaient pas de ce droit ; ils se bornaient à copier leurs prédécesseurs. Il est non moins certain que, fort souvent, même pour des difficultés insignifiantes, on en référait à l'empereur: témoin les lettres de Pline à Trajan. Mais enfin il est toujours plus ou moins dangereux de laisser entre les mains d'un magistrat placé à la tête d'une province un droit qui lui confère une sorte d'indépendance. Dans telle circonstance donnée un homme énergique peut en user ou même en abuser. Hadrien aime mieux prévenir le danger que de l'attendre. Sans doute grâce à l'édit de Julien, le droit romain ou plus exactement certaines parties du droit romain offriront à l'avenir plus d'unité ; mais c'est là un moyen et non le but que se propose l'empereur. Hadrien veut avant tout assu-

rer la suprématie impériale dans l'ordre judiciaire : il met la main sur les jurisconsultes par le *jus respondendi* ; il met la main sur les magistrats par l'édit perpétuel. S'il s'était surtout proposé de codifier le droit romain, il ne s'en serait pas tenu à l'édit du préteur et aurait bien plutôt commencé par les lois et sénatus-consultes ; mais par ce moyen il n'aurait pas assuré sa suprématie impériale dans tout l'empire. En réalité le droit prétorien n'exigeait pas aussi impérieusement une codification que les différentes parties du droit écrit. Nous avons vu que les préteurs urbains et pérégrins, les magistats des provinces se copiaient tous les uns les autres et qu'en fait le même édit se transmettait de magistrature en magistrature comme consacrant des usages respectés. Mais si le droit avait été conservé aux magistrats de rendre des édits sans aucune restriction, ce droit aurait parfois pu devenir dangereux pour l'autorité impériale, surtout dans les provinces. Hadrien l'avait bien compris et par l'édit de Salvius Julianus, il s'est moins proposé de codifier l'édit que d'enlever aux magistrats le droit de le rendre.

75. — Il est aussi difficile de s'entendre sur la forme de l'édit de Salvius Julianus que sur ses effets. La première de ces questions a beaucoup préoccupé de nos jours les romanistes ; on s'est attaché à reconstituer l'édit et les travaux de Heffter, de Mommsen, de Rudorff, en dernier lieu de Lenel seront consultés avec fruit par tous ceux

qui se préoccuperont de la reconstitution de l'édit perpétuel. Mais il est, à notre avis, plus important de rechercher quels ont été les véritables effets produits par l'édit de Julien et ce second point semble avoir beaucoup moins préoccupé les savants que le premier.

Dès la renaissance des études du droit romain au XVIe siècle, l'attention des jurisconsultes fut portée sur l'édit prétorien [1]. Stephanus Perræus, (1564) Barnabé Brisson [2], Arnold von Hærsolt (1583) songèrent les premiers à réunir les débris épars des formules de l'édit. D'autres furent plus hardis et essayèrent de combler les lacunes, de reconstituer l'édit : ce furent Eginard Baron (1547), Matthieu Wesembeck, (1568), Antoine Augustin (1576), Jean Vendville et Everard Otton ; mais tous les travaux de ces savants n'ont pas vu le jour. Sont venus ensuite ceux de Guillaume Ranchin, (1595), de Gerard Noodt (1715), de Westenberg (1712), d'Abraham Wieling (1730). Parmi les œuvres de ces jurisconsultes, une mention spéciale est due à celle de Ranchin, à son livre intitulé *Edictum perpetuum ad ordinem digestorum restitutum* [3]. Ce savant, professeur à l'université de Montpellier, s'est attaché avec un grand soin, d'abord à repro-

[1] Voy. à cet égard Haubold, *Ueber die Versuche das prätorisches Edict herzustellen* dans le *Civil Magazin* de Hugo, II, 3, n° 24. — Rudorff, *De Jurisdictione edictum*, p. 20 et suiv.

[2] *De formulis*, III, 10 à 19.

[3] Paris, 1597. Ce livre a reçu dans la suite d'autres éditions; la dernière doit être celle de Parme (1787).

duire les textes de l'édit qui nous ont été conservés par ses commentateurs, ensuite à reconstituer ceux qu'ils ont simplement cités. D'ailleurs Ranchin n'a pas la prétention de reconstituer tous ces textes dans leur ordre primitif : comme le plan du Digeste a été aussi celui de l'édit, Ranchin se borne à suivre le Digeste, livre par livre, titre par titre. Malgré ces défauts, dus en grande partie à l'insuffisance des connaissances historiques du temps, l'œuvre de Ranchin a longtemps joui d'une certaine renommée. Ainsi Denys Godefroy, dans son *Corpus juris civilis* et Pothier dans ses *Pandectæ justinianeæ* se sont bornés à copier la *restitutio* de Ranchin.

Hubertus Giphanius a, le premier, en 1616, fait un effort pour retrouver le plan de l'édit. Il est parti de cette idée que l'office du préteur se ramenait à dix fonctions pour en conclure que l'édit perpétuel était divisé en dix parties [1]. Jacques Godefroy a aussi tenté une restitution dans ses *Quatuor fontibus juris civilis* (1653), mais il semble qu'il l'ait laissée inachevée, et dans tous les cas il s'est bien plus écarté de la bonne route que Giphanius[2].

[1] Il semble cependant, comme le fait remarquer Rudorff (*op. et loc. cit.*) avoir ramené ces fonctions à huit espèces, car il dit : « *prætoris officium in restitutionibus, actionibus, bonorum possessionibus, missionibus in possessionem, interdictis, exceptionibus, stipulationibus prætoriis constat. Hinc pendet ordo edicti perpetui.* » Cf. Giphanius, *Œconomia juris.* Cet ouvrage a été édité à Strasbourg.

[2] Il paraît que Florentius Petrus Pittenius, jurisconsulte hollandais, a aussi essayé de reconstituer l'édit ; mais son

Au siècle dernier, Heineccius a entrepris l'histoire de l'édit et la reconstitution de son plan, mais il est mort avant d'avoir pu achever son œuvre, et son fils a publié en 1744 les deux premières parties de son travail.

En 1821, Louis de Weyhe a publié *Libri tres edicti*, mais il n'a pas su tirer profit de la découverte récente des Institutes de Gaius et s'est souvent trompé dans son travail de reconstitution. D'après cet auteur, l'édit de Julien peut se ramener à six parties principales : *De judiciis et formulis ; de hereditatum vel rerum possessionibus ; de rebus judicatis ; de interdictis ; de exceptionibus ; de stipulationibus prætoriis.*

Guillaume Heffter, dans le *Reiniches Museum*[1] a le premier pensé qu'il fallait chercher le plan de l'édit dans le quatrième commentaire des Institutes de Gaius et en s'inspirant même de ce que ce jurisconsulte nous apprend des *Legis actiones*. Il suppose, en effet, que ces *Legis actiones* avaient continué, même après leur disparition et jusque dans l'édit de Julien, à exercer une influence considérable sur la distribution des matières.

Un peu plus tard, Van Reenen publiait à Amsterdam, en 1840, une édition de l'édit dans un recueil intitulé : *Tres fontes juris civilis*. Haubold, dans ses *Institutiones* et après lui Hænel dans son

œuvre est peu connue. Voyez Brencmann, *Prefatio Pandectarum juris civilis restitutarum*, cité par Rudorff, *Edictum perpetuum*, p. 21.

[1] Année 1827, p. 52 et suiv.

Corpus legum, en 1857, ont aussi donné des éditions de l'édit. En France, Bouchard a soutenu dans sa *Dissertation de l'édit perpétuel* que l'œuvre de Julien était divisée en sept parties ; mais il n'a convaincu personne. Leist n'a pas été plus heureux en Allemagne, lorsqu'il a essayé d'établir que les *Libri singulares et digestorum* de Gaius, relatifs à la dot, aux tutelles, aux testaments, aux legs, concernaient le droit civil et que tous les autres formaient des commentaires de l'édit [1].

En dernier lieu, l'édit perpétuel a fait, de la part de Rudorff, l'objet d'un travail considérable qui a paru en 1869 à Leipsig sous le titre : *De juris dictione edictum* ; *edicti perpetui quæ reliqua sunt constituit, adnotavit, edidit* Adolfus Fridericus Rudorff. C'est une œuvre très importante et dont on ne peut méconnaître le très réel mérite. Rudorff ne s'est pas contenté, comme quelques-uns de ses devanciers, de dresser une table des matières de l'édit perpétuel ni, comme d'autres, d'analyser ces matières ; il ne s'est pas non plus permis de restituer les textes et s'est borné à reproduire ceux qui nous ont été transmis par les commentateurs. Enfin, et c'est là son grand mérite, il a certainement aperçu le plan général, l'ordre des matières et la méthode de Julien. Rudorff a compris que l'édit du préteur est avant tout une loi de procédure dans

[1] Voy. la brochure qu'il publia en 1850 sous le titre : *Versuch einer Geschichte der römischen Rechtssystem*, à l'occasion de la fête du doctorat de Savigny. Leist a été réfuté par Théodore Mommsen dans le *Bekker's Jahrbuch*, II, 9.

laquelle les contestations doivent tout naturellement se dérouler telles qu'elles se présentent en pratique. Mais son œuvre, si remarquable qu'elle soit, pèche par plusieurs côtés : si la vue d'ensemble est en général exacte, celle des détails laisse parfois à désirer ; Rudorff a eu le tort de croire que le jurisconsulte Gaius avait suivi le plan de l'édit dans le quatrième commentaire de ses Institutes consacré aux actions. Enfin, il s'est lancé avec une hardiesse inouïe dans la voie des conjectures, lorsqu'il a voulu reconstituer une foule de formules qui, dans son opinion, figuraient sur l'*album* du préteur à la suite de chaque disposition de l'édit.

C'est ce que nous essayerons bientôt d'établir en nous occupant du plan, de la méthode et des matières de l'édit perpétuel.

Cet édit perpétuel a été commenté par les plus grands jurisconsultes de Rome, Gaius, Paul et Ulpien et le Digeste nous a transmis de nombreux fragments empruntés aux quatre-vingt-un[1] livres du commentaire d'Ulpien, aux soixante-dix-huit livres de celui de Paul. Les extraits tirés du travail de Gaius sur l'*Edictum urbanum* sont relativement peu nombreux, mais on possède, comme nous l'avons vu, une quantité très considérable de fragments extraits de son travail sur l'édit provincial. Or, nous l'avons dit, l'édit provincial était calqué sur le plan de l'édit urbain, sauf quelques différen-

[1] 83 d'après la Florentine.

ces de détail et dès lors le travail de Gaius sur l'édit provincial peut, lui aussi, servir à reconstituer le plan de l'édit perpétuel. Il ne faut pas non plus oublier que Julien avait lui-même composé plusieurs livres sur l'édit et que son vaste Digeste était en grande partie un commentaire du droit prétorien. Enfin d'autres jurisconsultes ont encore écrit sur l'édit et on ne doit même pas négliger ceux qui sont antérieurs à Julien, car il est facile de comprendre que ce jurisconsulte, en composant son édit perpétuel, s'est attaché à ne pas bouleverser, mais, au contraire, à confirmer en l'améliorant, peut-être, la distribution des matières et le plan adopté par ses devanciers. Enfin d'autres ouvrages encore ont été, tout au moins pour la méthode, inspirés par l'édit ; tels sont notamment les commentaires de Callistrate, ceux de Furius Anthianus, les *Sentences* de Paul, les *Opiniones* d'Ulpien, les *Quæstiones* de Papinien, l'*Epitome juris* d'Hermogénien. Chacun sait ce que les commissaires de Justinien ont fait de tous ces admirables travaux et de l'édit perpétuel lui-même. On leur a souvent reproché d'avoir mutilé toutes ces œuvres immenses de premier ordre qui constituaient le droit romain de l'époque classique. On a même, à notre avis, singulièrement abusé de ce reproche, car il n'est pas permis d'oublier que les commissaires de Justinien n'entendaient pas travailler pour les historiens de l'avenir, mais voulaient réaliser une œuvre pratique de codification. A ce point de vue, l'édit de Julien, les formules

des magistrats, tombées en désuétude depuis trois siècles, une foule de passages des œuvres des jurisconsultes, devenaient de véritables hors-d'œuvre encombrants et inutiles. Tous les écrits classiques furent mis à contribution et en pièces : on les mutila, on les découpa et ils furent répartis dans les cinquante livres du Digeste. Ce travail fut fait avec une telle précipitation, que fort souvent le pur hasard semble avoir seul rapproché deux textes l'un de l'autre. Aussi certains auteurs ont-ils pensé que Rudorff et d'autres avant lui, avaient entrepris une œuvre purement chimérique en essayant de reconstituer l'ordre de l'édit au moyen des textes insérés au Digeste ; tel était encore récemment l'opinion de l'illustre Giraud[1].

A notre avis, ces reproches ne sont pas mérités et proviennent d'un examen trop superficiel des textes insérés au Digeste, qui se rapportent à l'édit. Tenons-nous seulement aux Commentaires de Julien, de Gaius, de Paul et d'Ulpien. Si les commissaires de Justinien ont eu le tort de dépecer ces commentaires en une foule de petits fragments éparpillés dans le Digeste, il faut cependant leur savoir gré d'avoir, pour chacun de ces fragments, indiqué à quel jurisconsulte il avait été emprunté et à quel livre de ses commentaires sur le droit prétorien. En s'attachant à ces indications, on arrive à reconstituer les fragments de chaque juris-

[1] Voy. la *Revue de législation ancienne et moderne*, année 1870-1871, p. 209.

consulte dans l'ordre indiqué par les livres de l'ouvrage. Qu'on rapproche ensuite les fragments de ces différents commentaires dans l'ordre des livres que comprenait chacun d'eux, et il devient facile de vérifier si nos jurisconsultes ont suivi, pour l'explication de l'édit, des méthodes différentes ou un plan uniforme. Or ce rapprochement établit avec la dernière évidence, qu'ils ont tous suivi le même ordre et la même méthode. Sans doute chacun des ouvrages est divisé en un nombre très variable de livres : Julien en a écrit 58, Gaius 30, Paul 78, Ulpien 81. Mais partout les matières se suivent et sont disposées de la même façon ; il n'existe de différences que pour l'étendue des développements. Il n'y a donc aucune témérité à admettre que tous ces jurisconsultes, en commentant l'édit, en ont aussi adopté le plan et la méthode. Justinien nous donne aussi un important renseignement. Il nous apprend que ses commissaires ont suivi pour la confection du Digeste, le système de l'édit[1]. Or cet ordre des matières est, en général, aussi celui qui a été adopté dans les commentaires de l'édit. Il ne faut toutefois pas s'étonner de relever quelques différences, car les commissaires de Justinien devaient comprendre dans leur œuvre, non pas seulement le droit prétorien, mais tout le droit civil. Les seules divergences que nous ayons relevées, quant à la méthode, entre les commentateurs de l'édit, sont tout à fait secondai-

[1] Const. *Omnem*, § 4 ; Const. *Tanta*, § 5.

res. Il faut cependant en excepter trois : deux concernent le commentaire de Gaius sur l'édit provincial ; la troisième est commune aux quatre commentateurs de l'édit, Julien, Gaius, Paul, Ulpien. Le commentaire de Gaius sur l'édit provincial offre deux particularités : Julien, Paul et Ulpien s'occupent *de religiosis et sumptibus funerum* dans la matière des actions personnelles, tandis que Gaius les passe sous silence pour n'en parler qu'à l'occasion des legs. De même il place dans son commentaire de l'édit provincial les stipulations prétoriennes avant les exceptions, tandis que les trois autres commentateurs adoptent la méthode inverse : ils terminent leurs travaux par l'étude des stipulations prétoriennes.

Nous rechercherons plus loin, en nous occupant de l'édit provincial, si ces deux particularités peuvent s'expliquer par la circonstance que Gaius ne commentait pas l'édit urbain, mais un édit appliqué dans les provinces[1].

Nous arrivons à une autre divergence de méthode qu'on peut relever entre les grands commentateurs de l'édit, sans toutefois en donner une explication bien certaine. Les livres XV à XXIII du commentaire d'Ulpien sur l'édit sont consacrés

[1] Lenel a publié un tableau très bien fait dans lequel il rapproche d'une part les titres de l'édit avec leurs rubriques, certaines ou reconstituées par conjecture, et d'autre part les commentaires d'Ulpien, de Paul, de Gaius, de Julien. Cf. Lenel, *Das Edictum perpetuum*. Leipzig, 1883. C'est par l'examen de ce tableau que nous sommes arrivés aux conclusions exposées dans le texte.

aux matières suivantes : les livres XV et XVI concernent la pétition d'hérédité ; l'action en revendication et la publicienne font l'objet du livre XVI et aussi d'une partie du livre XVII ; puis viennent, dans le livre XVII, les actions relatives aux servitudes ; dans le livre XVIII, les actions concernant les délits civils ; dans les livres XIX et XX, les actions en partage ; dans les livres XX à XXII, les actions relatives aux *fidejussores* et aux *sponsores;* l'*interrogatio in jure* sur la qualité d'héritier fait l'objet du titre XXII ainsi que le serment ; le livre XXIII est consacré à l'*interrogatio in jure* en matière d'actions noxales et aux actions des délits prétoriens.

La méthode de Julien semble avoir été la même : son livre VI est consacré à la pétition d'hérédité et à la revendication ; le livre VII à l'action publicienne, aux actions relatives aux servitudes et à certaines actions civiles naissant des délits ; le livre VIII aux actions divisoires ; le livre IX au serment, à l'*interrogatio in jure* et aux actions prétoriennes naissant des délits.

Mais si l'on rapproche les travaux d'Ulpien et de Julien de ceux des deux autres grands jurisconsultes qui ont commenté l'édit, on constate chez ces derniers une méthode tout à fait différente pour l'exposition de ces matières. Paul commence par expliquer, dans les livres XVII et XVIII, les dispositions de l'édit relatives à l'*interrogatio in jure* et au serment ; puis le livre XIX est consacré à l'action publicienne et aux actions prétoriennes

naissant des délits ; viennent ensuite, dans les livres XX à XXV la pétition d'hérédité, la revendication, les actions relatives aux servitudes, les actions civiles naissant des délits, les actions divisoires, la *sponsio* et la *fidepromissio*. La méthode de Gaius semble avoir été à peu près semblable, sauf en un point : ce jurisconsulte s'occupe de la publicienne après avoir parlé de l'action en revendication. Ainsi dans le livre V de Gaius, il est question du serment ; le livre VI traite de l'*interrogatio in jure* dans les actions noxales, des actions prétoriennes naissant des délits et de la pétition d'hérédité ; le livre VII est consacré d'abord à la revendication, ensuite à la publicienne, puis aux actions relatives aux servitudes, etc. Comme on le voit, la suite des développements est, sauf des différences de détails, la même que dans le commentaire de Paul.

Comment expliquer maintenant ces divergences et quel était probablement le plan de l'édit? Huschke et Wlassak ont constaté ces divergences, mais n'ont pas essayé de les expliquer [1]. Lenel a tenté une explication [2]. A son avis, l'ordre adopté par le jurisconsulte Paul est le plus logique et il en conclut qu'il est celui de l'édit. Selon nous, c'est précisément parce que ce plan est le plus méthodique qu'il faut le déclarer étranger à l'édit. On ne comprendrait pas, en effet, que des jurisconsultes aient volontairement altéré une méthode

[1] Huschke, *Das Recht des Public. Klage*, p. 4, n° 1. — Wlassak, *Edict-und Klageform*, p. 30, n° 18 ; p. 86, n° 1.

[2] *Op. cit* p. 7 et 8.

satisfaisante ; il faut bien plutôt admettre qu'ils tendaient toujours à l'améliorer. Le plan de l'édit était celui qu'a adopté Julien dans ses travaux ; il serait bien étrange qu'il se fût écarté, pour ses commentaires, de la méthode qu'il trouvait bonne pour la rédaction de l'édit. Cependant ce plan offrait un inconvénient. Nous verrons que l'édit se ramène à deux grandes parties : la première nous apprend comment on s'adresse aux magistrats et contient des règles communes à toutes les instances ; la seconde nous fait connaître les actions et autres moyens accordés par le préteur. Gaius a bien compris cette division fondamentale de l'édit et il a été choqué en voyant certaines matières telles que l'*interrogatio in jure*, le serment, insérées dans la seconde partie au milieu des actions, alors qu'elles auraient été beaucoup mieux placées dans la première. Nous constatons ici, une fois de plus, cet esprit de méthode qui est un des caractères du génie grec. C'est pourquoi Gaius a placé ces matières avant d'arriver aux actions. Paul a ensuite suivi son exemple. Mais Ulpien a préféré demeurer fidèle au plan de l'édit et c'est ainsi qu'il s'est rencontré avec Julien sur la distribution de ces matières.

On a beaucoup discuté sur le point de savoir quelle était la structure matérielle de l'édit. Comprenait-il des divisions, des subdivisions, des classes, des genres, des espèces, etc ? La question n'offre pas, à notre avis, un bien grand intérêt et n'a pu être soulevée et longuement discutée que par l'esprit systématique de nos voisins. Rudorff

s'est livré à cet égard à des développements dans lesquels nous ne le suivrons pas.[1] A notre avis, plus on divise et subdivise l'édit perpétuel, plus on s'éloigne de l'esprit de son auteur. Les anciens jurisconsultes de Rome n'attachaient pas aux classifications et aux divisions qui en sont la conséquence, l'importance qu'on leur attribue de nos jours. L'édit perpétuel ne comprenait, comme les autres édits, qu'une seule division, en un certain nombre de titres [2].

[1] Voy. l'article qu'il a publié sous le titre : *Ueber die Julianische Editsredaction*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. III,, p. 1 et suiv.

[2] Voici l'ordre et la rubrique connue ou supposée de chacun de ces titres d'après le tableau déjà cité de Lenel :

I. *De iis qui in municipio colonia foro jure dicundo præsunt.*
II. *De ipsius prætoris jurisdictione.*
III. *De edendo.*
IV. *De pactis et conventionibus.*
V. *De in jus vocando.*
VI. *De postulando.*
VII. *De vadimoniis.*
VIII. *De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus.*
IX. *De calumniatoribus.*
X. *De in integrum restitutionibus.*
XI. *De receptis.*
XII. *De satisdando.*
XIII. *Quibus causis præjudicium fieri non oportet.*
XIV. *De judiciis omnibus.*
XV. *De his quæ cujusque in bonis sunt.*
XVI. *De religiosis et sumptibus funerum.*
XVII. *De rebus creditis.*
XVIII. *Quod cum magistro navis, institore eove, qui in aliena potestate erit, negotium gestum erit.*
XIX. *De bonæ fidei contractibus.*

76. — Ce qu'il est plus important de rechercher, c'est le contenu même de l'édit et l'esprit général qui avait présidé à la distribution et à l'enchaînement des matières. A cet égard, Rudorff a rendu un véritable service en faisant justice de toutes les doctrines qui s'étaient produites avant lui [1].

XX. *De re uxoria.*
XXI. *De liberis et de ventre.*
XXII. *De tutelis.*
XXIII. *De furtis.*
XXIV. *De jure patronatus.*
XXV. *De bonorum possessionibus.*
XXVI. *De testamentis.*
XXVII. *De legatis.*
XXVIII. *De operis novi nuntiatione.*
XXIX. *De damno infecto.*
XXX. *De aqua et aquæ pluviæ arcendæ.*
XXXI. *De liberali causa.*
XXXII. *De publicanis.*
XXXIII. *De prædiatoribus. (Quanta dos sit?)*
XXXIV. *De vi turba incendio ruina naufragio rate nave expugnata.*
XXXV. *De injuriis.*
XXXVI. *Qui, nisi sequantur, ducantur.*
XXXVII. *Qui, neque sequantur neque ducantur.*
XXXVIII. *Quibus ex causis in possessionem eatur.*
XXXIX. *De bonis possidendis, proscribendis, vendundis.*
XL. *Quemadmodum a bonorum emptore vel contra eum agatur.*
XLI. *De curatore bonis dando.*
XLII. *De re judicata.*
XLIII. *De interdictis.*
XLIV. *De exceptionibus.*
XLV. *De stipulationibus prætoriis.*

[1] Parmi les travaux de dates déjà anciennes, nous nous bornerons à relever les observations de Giphanius, (*op. cit.* p. 165) et celle de Weyhe, (*op. cit.* p. 128). D'après le premier, l'office du préteur consiste *in restitutionibus, actionibus,*

Heffter avait soutenu dans le *Reinisches Museum* (année 1827) que le préteur s'était inspiré des *Legis actiones* pour la distribution des matières dans son édit. En 1840, Rœnen soutenait, au contraire, dans ses *Fontes tres juris civilis*, que l'édit avait été composé sur le plan adopté par les décemvirs pour la loi des Douze Tables. Plus tard Leist en est revenu à l'opinion de Heffter, mais en la modifiant [1] : il pense que les magistrats se sont longtemps inspirés des *Legis actiones* pour le développement des dispositions de leurs édits. Cette méthode aurait encore été usitée sous Hadrien et Julien l'aurait adoptée, mais en intercalant un certain nombre de matières, notamment celles qui concernent le mariage, la tutelle, les testaments, les legs. Mommsen a fait justice de cette conjecture, mais la solution qu'il a proposée ne semble pas plus heureuse et, dans tous les cas, elle a été, à notre avis, victorieusement réfutée par Rudorff [2]. Dans l'opinion de Mommsen les matières de

bonorum possessionibus, missionibus in possessionem, interdictis, exceptionibus, stipulationibus prætoriis ; tel est aussi l'ordre dans lequel se suivent les dispositions de l'édit. Weyhe rapporte les matières de l'édit à dix sujets principaux. 1 *Jurisdictio generatim ;* 2 *In jus vocatio et postulatio ;* 3 *In integrum restitutiones ;* 4 *Quæ in jure fiunt, ut ordinentur judicia et actionum formulæ* ; 5 *Nuptiæ, tutela, furtum, operæ servorum*; 6 *Hereditatum et singularum rerum possessiones*; 7 *Res judicata, bona possidenda et vendenda ;* 8 *Interdicta* ; 9 *Exceptiones* ; 10 *Stipulationes.*

[1] *Rechtssystem*, p. 53 et suiv., 59 et suiv.

[2] Mommsen, dans le *Jahrbuch des gemeinen Rechts*, II, p. 323. — Rudorff, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, III, p. 56 et suiv.

l'édit ont été originairement distribuées d'après la méthode adoptée pour le droit civil et qui consistait à prendre pour point de départ les trois *legis actiones* connues sous les noms d'*actio sacramenti*, *judicis postulatio*, *condictio*. Puis ensuite une seconde partie de l'édit s'est formée avec le développement des institutions juridiques : elle a compris les parties du droit civil qui n'existaient pas auparavant et les institutions d'origine prétorienne telles que les envois en possession, les interdits, les exceptions, les stipulations prétoriennes. On reproche à Mommsen d'avoir en réalité ramené l'édit à deux parties bien distinctes : la première, logique et méthodique, la seconde illogique et sans méthode.

Rudorff a éprouvé plus de peine à construire son système qu'à réfuter ceux de ses devanciers ; on peut même dire, sans rien ôter au mérite de son travail, qu'il a plusieurs fois éprouvé des hésitations et que ses opinions ont parfois changé. Ce qu'il a écrit dans son remarquable article publié par la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (t. III) se trouve plus d'une fois en désaccord avec la préface qui précède son édit perpétuel reconstitué, surtout en ce qui concerne le plan et la méthode de l'édit. Ainsi Rudorff a écrit, dans sa préface sur l'édit perpétuel (p. 11) que Gaius a purement et simplement adopté le plan de cet édit pour exposer la théorie des actions dans le quatrième commentaire de ses Institutes ; *ideoque*, dit-il..... *ducem nobis habere posse facile percipitur*. Mais il suffit

pour constater combien Rudorff se trompe en proposant une pareille hypothèse, de rapprocher le tableau que nous avons donné des différents titres de l'édit perpétuel avec le plan rapporté plus haut du quatrième commentaire de Gaius. L'édit perpétuel s'occupe d'abord de la juridiction du préteur, de la manière de le saisir, des pactes, du *vadimonium*, de la représentation en justice, de l'*in integrum restitutio* et ensuite seulement il arrive à la théorie des actions. Or Gaius commence, au contraire, son quatrième commentaire par l'étude des principales divisions des actions ; puis il passe au tableau de la procédure des *legis actiones* et s'occupe ensuite des différentes parties de la formule pour revenir enfin à d'autres actions dont il n'a pas encore parlé, aux actions de bonne foi, aux actions *adjectitiæ qualitatis* ainsi que les ont appelées les romanistes, aux actions noxales ; alors seulement apparaît la théorie de la représentation en justice par *procurator* ou *cognitor*, tandis que cette matière forme une des premières de l'édit. Après avoir traité des différentes actions, l'édit s'occupe des possessions de biens et envois en possession, de la chose jugée, des interdits, des exceptions, des stipulations prétoriennes. Tout autre est la méthode de Gaius. Lorsqu'il a exposé la théorie des *cognitores* et des *procuratores*, il parle ensuite des *satisdationes*, de la procédure *per sponsionem*, de la division des instances en *judicia legitima* et *judicia imperio continentia* et de la durée des actions. Puis arrivent les excep-

tions que Gaius place avant les interdits, tandis que l'édit de Julien suit l'ordre inverse et Gaius termine par quelques notions sur les défauts et sur l'action *de calumnia*, sans rien dire des stipulations prétoriennes qui forment le dernier titre de l'édit. Ces simples indications suffiront pour établir combien il était téméraire et inexact de prétendre que Gaius avait, purement et simplement, adopté dans le quatrième commentaire de ses Institutes, le plan et la méthode de l'édit perpétuel. Nous l'avons déjà dit : les Institutes de Gaius forment une œuvre originale. Gaius a cherché un plan aussi logique que possible et, pour le quatrième commentaire comme pour les autres, il n'a entendu subir aucune influence, pas même celle de l'édit perpétuel. Il semble d'ailleurs que Rudorff ait lui-même renoncé à sa première idée ou l'ait tout au moins reléguée au second plan lorsqu'il a écrit son article dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*. Dans ce second travail, il comprend tout autrement le plan d'ensemble de l'édit. A son avis, il faut commencer par supprimer les trois derniers titres consacrés aux interdits, aux exceptions, aux stipulations prétoriennes ; ces titres ne comprenaient qu'une masse de formules et sont étrangers à l'édit considéré comme une œuvre législative. Cette partie écartée, il en reste dans l'édit trois autres qui la précèdent.

1re partie : *De jurisdictione, id est de actionibus in jure instituendis.*

2e partie : *De judiciis, id est de litibus per judicem decidendis.*

Cette seconde partie se subdivise elle-même en deux autres. La première comprend les *judicia de rebus* et la seconde les *judicia de possessionibus*; l'une est relative aux actions concernant les biens et à leurs formules; la seconde protége la possession obtenue par le préteur.

3e partie : *De re judicata, id est de executione sententiarum.* D'après Rudorff, la première partie va jusqu'au titre *de judiciis omnibus* ; la seconde commence à cet endroit et s'étend, pour les actions, jusqu'au titre *de jure patronatus* et, pour les envois en possession, depuis le titre *de bonorum possessionibus* jusqu'à celui qui est consacré aux injures inclusivement. Puis viennent les règles relatives à l'exécution et enfin la dernière partie comprenant les formules des interdits, des exceptions et des stipulations prétoriennes.

Lenel [1] reconnaît qu'en général ce système reconstitué par Rudorff est bien celui qui a servi de base à la rédaction de l'édit perpétuel; mais s'il adopte le plan dans son ensemble, il le critique dans un grand nombre de détails. Parmi ces critiques, les unes sont fondées; d'autres le seraient également si l'on parvenait à établir que l'édit a été conçu et réalisé d'un seul jet et d'après une méthode rigoureuse. Il est certain que Rudorff ne parvient pas à expliquer la place d'un nombre assez considérable de matières. Ainsi comment comprendre la théorie des pactes dans la première

[1] *Op. cit.* p. 15.

partie? Et le titre *de religiosis et sumptibus funerum* placé au milieu des actions personnelles? Comment se fait-il encore qu'il soit parlé de l'*operis novi nunciatio* à l'occasion des envois en possession? Enfin n'est-il pas téméraire de mettre en dehors de l'œuvre législative du préteur les derniers titres consacrés aux interdits, aux exceptions et aux stipulations prétoriennes, sous prétexte que cette partie comprenait seulement des formules? Nous verrons bientôt si, sur ce dernier point, sur la place des formules dans l'édit, Rudorff est bien d'accord avec sa théorie générale.

A notre avis, avant de rechercher le plan de l'édit et l'esprit qui a présidé à sa rédaction, il est nécessaire de bien déterminer la nature même de l'édit. Rudorff a éprouvé à cet égard quelques hésitations et il est possible que ces embarras ne lui aient pas permis de se rendre complètement compte du plan de l'édit. Il a commencé par prétendre que l'édit de Julien a constitué un droit civil impérial *(Reichscivilrecht)*. Mais ensuite, abandonnant cette idée, il qualifie l'édit de Julien de procédure civile de l'empire *(Reichscivilprozessordnung)*[1]. Il semble que Mommsen hésite aussi entre ces deux qualifications : il a employé la seconde dans une monographie et préféré la première dans son histoire du droit public romain[2].

[1] Voy. la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, III, p. 22 et 88.

[2] Dans le *Jahrbuch des gemeinen Rechts*, il appelle l'édit perpétuel *Reichsprozessordnung* (II, p. 320), tandis que dans son *Römisches Staatsverwaltung*, il dit que Julien a com-

Il est, selon nous, manifestement erroné de voir dans l'édit perpétuel un code civil dans le sens exact de ce mot. Aussi cette doctrine a-t-elle été victorieusement réfutée par Brinz et par Lenel. Mais le premier de ces savants entend l'édit dans un sens trop étroit lorsqu'il n'y voit que la théorie des actions, même en prenant ce mot *Actionenrecht* dans son sens le plus large [1] et comprenant tous les moyens imaginés pour protéger les droits menacés. Il est d'abord fort douteux que les Romains aient entendu, d'une manière aussi large, la théorie des actions; par exemple, ils n'y faisaient pas rentrer la matière des *bonorum possessiones*, qui forme cependant une des parties les plus considérables de l'édit.

Pour bien comprendre le système de l'édit perpétuel, il faut se rappeler quelle était la mission dont l'empereur Hadrien avait chargé le jurisconsulte Julien et se souvenir de quelle manière l'édit s'était formé depuis les temps les plus reculés jusqu'à l'innovation d'Hadrien.

L'empereur Hadrien n'a pas chargé Julien de codifier le droit civil. Cette œuvre eût été beaucoup trop considérable pour un seul homme et elle eût été bien plutôt confiée au conseil impérial. Quelque puissant que se sentît l'empereur, il n'aurait pas osé provoquer une pareille révolution.

posé une codification du droit privé, *Codification des Privatrechts*, 2e éd., t. II, p. 202.

[1] Voy. l'article que Brinz a publié dans le *Kritiches Vierteljahrschrift*, XI, p. 482.

On sait qu'avant Hadrien, les empereurs n'exerçaient pas encore le pouvoir législatif avec la toute puissance qui leur fut reconnue dans la suite. Un pareil changement ne serait pas resté inaperçu et aurait été relevé par tous les contemporains. Nous avons déjà dit quel but l'empereur Hadrien se proposait d'atteindre : amoindrir l'indépendance des magistrats. La rédaction de l'édit perpétuel n'était qu'un moyen employé pour parvenir à ce but. En conséquence, Julien fut chargé de rédiger une fois pour toutes un édit que les magistrats seraient, à l'avenir, tenus de respecter comme la loi elle-même. Mais, d'ailleurs, pour le plan, pour la méthode, pour le contenu de l'édit, Julien devait procéder suivant les usages établis. Il rédigea un édit, comme s'il s'était trouvé à une entrée en magistrature, mais cet édit devint ensuite obligatoire à titre de droit écrit pour les magistrats de l'avenir.

L'œuvre de Julien comprenait donc les matières que les magistrats avaient l'habitude d'insérer dans leurs édits, rien de plus, rien de moins. Nous avons déjà constaté que, de bonne heure, dès le temps de Cicéron, les édits se transmettaient en vertu d'un usage constant, de magistrat en magistrat ; aucun d'eux ne se serait permis de bouleverser le plan consacré par l'usage. Mais à mesure que le droit se développait, de temps à autre, un magistrat introduisait une disposition nouvelle dans l'édit. Il la mettait à la place qui lui paraissait la plus convenable; toutefois ce raccord, si l'on

peut ainsi parler, n'était pas toujours fait avec une bien grande habileté, d'autant plus que les magistrats n'attachaient pas, en général, une sérieuse importance à la méthode. C'est là un trait commun à tous les législateurs de tous les temps qui se préoccupent surtout de l'intérêt pratique. Le plan primitif de l'édit n'a donc jamais été complètement changé, mais il s'est développé et les édits des magistrats ont successivement reçu des compléments et des annexes. Quiconque a étudié le droit romain, sait combien ces adjonctions ont été fréquentes ; fort souvent l'auteur d'une innovation a laissé son nom à la disposition de l'édit (ex.: *edictum carbonianum)* ou à l'action de création nouvelle (ex.: *actio publiciana, actio serviana)* ou à l'interdit (ex.: *interdictum salvianum).* Il est même arrivé parfois qu'une disposition, d'abord consacrée par l'édit du *prætor peregrinus*, a ensuite passé dans celle du *prætor urbanus.* Ainsi, après la suppression des *legis actiones*, on a cependant encore employé cette procédure dans deux circonstances : devant les centumvirs et en cas de *damnum infectum.* Mais le *prætor peregrinus* ayant imaginé, pour le second cas, le système plus simple d'une stipulation, ce procédé de la *cautio damni infecti* passa, comme nous l'avons dit, dans l'édit urbain.

Julien s'est borné à mettre la dernière main à l'édit, mais en respectant l'œuvre de ses prédécesseurs pour le fond comme pour la forme. N'était-elle pas consacrée par l'usage ? Et Julien, comme tous les Romains, éprouvait un véritable respect pour

ce qui avait reçu la sanction du temps et de la pratique. D'ailleurs, après la rédaction de l'édit de Julien, on continua à posséder les textes des anciens édits ; ils étaient déposés dans la bibliothèque du temple de Trajan, et il était permis à chacun d'en prendre connaissance. Il n'est pas téméraire de supposer que plus d'un jurisconsulte a éprouvé cette curiosité scientifique et a peut-être même songé à rapprocher le texte de Julien de celui des anciens édits [1]. S'il avait existé des différences notables, elles auraient été relevées et quelques-unes seraient parvenues jusqu'à nous. Quelques textes antérieurs à Julien, des commentaires des anciens édits, plusieurs rubriques de la loi sur la juridiction municipale dans la Gaule cisalpine, différents passages de plusieurs bronzes, nous donnent des indications sur le plan de l'ancien édit et confirment la parfaite similitude qu'il présente avec celui de Julien. [2] Enfin, le silence gardé par les historiens et les jurisconsultes du temps d'Hadrien sur l'œuvre de Julien, ne s'expliquerait pas si ce jurisconsulte avait opéré un véritable bouleversement dans le droit prétorien, tandis qu'on s'en rend parfaitement compte, comme nous l'avons

[1] Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, XI, 17, 1. *Edicta veterum prætorum, sedentibus forte nobis in bibliotheca templi Trajani et aliud quid quærentibus cum in manus incidissent, legere atque cognoscere libitum est.*

[2] Nous nous bornons à indiquer ce point qui a été longuement développé par Rudorff dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, III, p. 75 et suiv.

vu, lorsqu'on admet qu'il n'a pour ainsi dire pas touché au fond ni à la forme des anciens édits.

Or, quel était l'objet de ces anciens édits? Assurer la mise en pratique des pouvoirs du préteur. C'est ce qu'avait déjà observé autrefois Giphanius : l'édit du préteur est la mise en pratique de son *officium*.[1] Il porte sur tout ce qui rentre dans l'*officium prætoris*, et rien que sur ce qui rentre dans cet *officium*. L'édit n'est donc pas un code de procédure civile, car la procédure s'accomplit aussi devant le juge et devant d'autres magistrats ; il ne se réduit pas non plus à une théorie des actions, car le préteur jouit de pouvoirs plus étendus que ceux de délivrer des formules d'actions ; il est encore moins un code civil. On s'explique ainsi que l'édit ne s'occupe pas de la juridiction des consuls ni de celle du *prætor fideicommissarius*, comme le remarque justement Lenel[2]. Ce savant ajoute avec raison que le préteur ne fait pas des édits sur les parties de son *officium* réglementées par des lois ; ainsi l'*album* ne parle pas de l'*officium prætoris* dans les *legis actiones*, même pour les cas exceptionnels où cette procédure s'est maintenue après l'établissement du système formulaire ; l'édit ne parle pas davantage des pouvoirs que le préteur tient de la *lex Julia judiciorum privatorum*[3]. Mais, qu'entend dire

[1] *Economia juris*, p. 131, Francfort, 1606.

[2] *Op. cit.*, p. 11.

[3] Cf. l. 2, *De judiciis*, 5, 1. Voy. les explications que donne à cet égard Lenel, p. 45 et suiv.

Lenel lorsqu'il écrit, pense que le préteur ne formule pas son édit sur les parties de son *officium* déjà fixées par l'usage ? Sans doute, les dispositions consacrées par l'usage se transmettent en fait de magistrat en magistrat ; mais il ne semble pas que le préteur à son entrée en fonctions soit obligé de respecter ce que l'usage a consacré : il peut le modifier comme le législateur peut abroger un usage.

En résumé, l'édit réglemente l'*officium prætoris* dans la mesure où cet *officium* n'est pas déjà déterminé par des lois ou des sénatus-consultes.

Pour exposer ces règles dans un plan général et méthodique, les préteurs, et en dernier lieu Julien, divisent l'édit en deux grandes parties. Comment s'adresse-t-on au préteur, et en observant quelles formes ? Que peut-on obtenir du préteur ? Telles sont les deux questions auxquelles répond l'édit et qui servent de base à sa division. La première partie s'étend jusqu'au titre 15 ; la seconde comprend tout le reste de l'édit. Il est tout naturel que le préteur s'occupe d'abord des règles de compétence, de sa juridiction, du respect qui doit être assuré à son édit, de l'*editio actionis*, de la *vocatio in jus*, de la *postulatio*, du *vadimonium*, des représentants en justice, des *cognitores* et *procuratores*, de l'*in integrum restitutio*, et enfin des règles générales communes à toutes les actions. On s'étonnera peut-être que les restitutions en entier figurent dans cette première partie. Mais cependant on peut justifier cette classification en

faisant remarquer que la restitution en entier n'est pas par elle-même un moyen définitif, mais une simple voie destinée, dans la plupart des cas, à préparer une autre voie, par exemple, une action.

La seconde partie de l'édit est consacrée, avons-nous dit, aux divers moyens que le préteur accorde pour la protection des droits ; de là la théorie des actions, celle des envois en possession, celle des interdits, celle des exceptions, et enfin les stipulations prétoriennes. Le préteur rattache ensuite à ces divers moyens les institutions du droit civil qui s'y rapportent, et c'est ainsi qu'à propos des *bonorum possessiones*, il parle des testaments et des legs ; d'autres fois, il fait sortir certaines actions des règles générales à cause de leur importance exceptionnelle. C'est ainsi qu'il consacre des titres spéciaux à l'action *rei uxoriæ*, à celles qui naissent de la tutelle, à celles qui résultent du vol. Ce procédé n'est pas toujours très méthodique, mais il a l'avantage d'être fort pratique. Enfin certaines dispositions de l'édit, ajoutées après coup, ont été plus ou moins bien jointes aux autres, parce qu'à proprement parler, aucune place ne leur convenait exactement. Ainsi la théorie vague et générale des pactes a été insérée parmi les premières de l'édit. L'*operis novi nuntiatio* étant un moyen pétitoire, ne pouvait être mise à côté des interdits, mais on l'a rattachée au système des envois en possession ; on a ensuite tout naturellement placé à côté d'elle la théorie du *damnum infectum*. En un mot, le plan de l'édit

n'a jamais été complètement transformé, mais il s'est développé et élargi avec le temps, et les préteurs se sont toujours attachés avant tout au point de vue pratique. Julien a respecté ces traditions.

77. Reste une dernière difficulté, relative aux formules. On savait depuis longtemps que les magistrats romains avaient de très bonne heure pris l'habitude d'exposer les formules qu'ils promettaient de délivrer aux plaideurs sous les conditions déterminées par l'édit. Cicéron nous l'avait déjà appris dans le *pro Roscio comœdo* (VIII, 24), et plusieurs passages de jurisconsultes le répètent formellement. Mais ces formules d'actions et autres faisaient-elles l'objet d'un *album* spécial ou bien, au contraire, est-ce que chaque chef de l'édit était suivi des formules d'actions qui s'y référaient? Au temps de Cujas et jusqu'aux travaux de Rudorff, la question était demeurée indécise[1]. Rudorff prétend avoir trouvé la solution définitive. En principe, selon lui, toutes les formules des actions et quelques-unes de celles qui se rapportent aux interdits font corps avec les dispositions législatives de l'édit; chacune de ces dispositions est ainsi suivie des formules qui s'y rapportent. Par exception toutefois, les formules relatives aux interdits, aux *sponsiones*, aux exceptions, aux prescriptions, aux *præjudicia*, aux stipulations, font un tout spé-

[1] Cpr. Cujas, *Observat.*, VIII, 15.

cial et forment une annexe de l'édit. Rudorff invoque un grand nombre de textes desquels il résulte, selon lui, que chaque disposition de l'édit est immédiatement suivie des formules qui s'y réfèrent[1]. Il fait remarquer que Gaius emploie ce procédé en exposant la théorie des actions dans son quatrième commentaire des Institutes. Néanmoins la solution adoptée par Rudorff est fort contestable et on peut dire que la question reste tout au moins indécise. Que Gaius ait, le plus souvent, fait suivre l'explication d'une action de la formule qui s'y réfère, cela est très facile à expliquer par des raisons de méthode propres à celui qui enseigne ; mais il est téméraire ou tout au moins conjectural de prétendre que le procédé du professeur pour son livre, était aussi celui du magistrat pour son édit. Rudorff prétend qu'un certain nombre de textes du Digeste font allusion aux formules insérées sous les titres de l'édit. Cette interprétation est par elle-même très contestable ; mais même

[1] Gaius, *Com.*, IV, § 46 : *Ceteræ quoque formulæ, quæ sub Titulo de in jus vocando propositæ sunt, in factum conceptæ sunt.* — Ulpien, L. 1, pr. *de postulando*. 3, 1 : *Hunc Titulum Prætor proposuit habendæ rationis causa suæque dignitatis tuendæ et decoris causa ; ne sine delectu passim apud se postulent.* — Ulpien, L. 1, *De in integrum restitutione*, 4, 1 : *Utilitas hujus Tituli non eget commendatione : ipse enim se ostendit. Nam sub hoc Titulo plurifarium Prætor hominibus vel lapsis, vel circumscriptis subvenit : sive metu, sive calliditate, sive ætate, sive absentia inciderint in captionem.* — Paul, L. 2, *eod.* : *Sive per statum aut justum errorem.* Cpr. L. 1, *De rebus creditis*, 12, 1 ; L. 195, § 3, *De verborum significatione*, 50, 16.

en l'acceptant, on comprend très bien que les jurisconsultes aient pu parler de formules insérées sous tel titre de l'édit, bien qu'il y ait eu deux *album* différents, l'un pour les dispositions législatives, l'autre pour les formules. Il est, en effet, fort raisonnable d'admettre que, sur ce second *album*, le magistrat suivait le même ordre que sur le premier ; en outre, il reproduisait les rubriques des titres et groupait sous chacune de ces rubriques les formules d'actions qui y correspondaient ; de cette façon il existait une corrélation parfaite entre les deux *album* du préteur. Bien avant l'édit de Salvius Julianus, Cicéron semble indiquer, dans un passage *pro Roscio comœdo*[1] l'existence de ces deux *album* : « *Sunt jura, sunt formulæ de omnibus rebus constitutæ, ne quis aut in genere injuriæ, aut ratione actionis errare possit. Expressæ sunt enim ex uniuscujusque damno, dolore, incommodo, calamitate, injuria, publicæ a prætore formulæ, ad quos privata lis accommodatur.* » D'un autre côté, si le préteur avait réuni sur un seul *album* les *sententiæ* et les *formulæ*, il semble que cet *album* aurait subi une modification considérable à l'époque de Dioclétien. Toute la composition de l'*album* aurait dû être révisée ; s'il existait au contraire deux *album*, celui qui contenait les *sententiæ* n'aurait pas subi de changement. Or aucun texte ne nous fait connaître que la suppression du système formulaire ait amené des mo-

[1] VIII, 24.

difications dans l'édit du préteur. Ce silence tient-il à ce que les formules faisaient l'objet d'une annexe dont on ne s'est plus occupé? Nous en avons dit assez pour montrer que la question reste au moins douteuse.[1]

78. — Pour déterminer la forme et la méthode de l'édit, nous avons dû rechercher quel était son caractère. L'édit du préteur est un règlement général de procédure appliqué à l'*officium prætoris* et dans la mesure où cet *officium* n'est pas déjà fixé par la loi. Il résulte de là qu'il ne forme pas un code complet de procédure et qu'il embrasse, en outre, des matières étrangères à la procédure. On

[1] On peut encore invoquer en faveur de l'opinion qui admet l'existence de deux *album*, le texte suivant du jurisconsulte Ulpien déjà cité par Heineccius : « *Edere est, copiam describendi facere, vel in libello complecti et dare, vel dictare. Eum quoque edere Labeo ait, qui producat adversarium ad Album ut demonstret, quod dictaturus est, vel in dicendo, quo uti velit.* » L. 1, § 1, *De edendo*, 2, 13. On a dit que ce texte semble bien désigner l'*album* particulier des formules d'actions, en présence duquel le demandeur vient indiquer au défendeur quelle est celle qu'il va choisir, et dont il se propose d'user contre lui, après l'avoir obtenue du préteur. Voyez l'article de M. Giraud, dans la *Revue de législation ancienne et moderne*, année 1870-1871, p. 212. Nous reconnaissons d'ailleurs volontiers que ce texte est, comme tous les autres, relatifs à ce sujet, assez obscur. Nous ne parlerons pas ici des restitutions de formules inventées par M. Rudorff. Ces reconstitutions peuvent être souvent ingénieuses, mais elles manquent à proprement parler de base. Si l'on peut en effet rétablir l'ordre des matières et la méthode de l'édit, les documents font, au contraire, complètement défaut pour la reconstitution des formules.

est d'accord pour admettre que Julien n'a modifié ni la forme ni le fond de l'édit. Le droit prétorien a donc conservé la même étendue d'application que par le passé, et pour la forme, Julien a respecté les précédents, au point de conserver l'ancienne formule : *ait prætor*. Mais l'édit de Julien a constitué une loi par la confirmation qu'il a reçue du sénat, et c'est par ce côté qu'il s'est produit d'importants changements. On admet très généralement aujourd'hui que l'édit de Julien n'est pas un travail privé, mais une œuvre législative. C'est à cette doctrine que s'attachent les jurisconsultes qui ont, dans ces dernières années, plus spécialement étudié l'édit prétorien, notamment Rudorff, Giraud, Jousserandot, Lenel.[1]

L'édit, étant devenu une loi, a passé du droit coutumier dans le droit écrit. Il n'avait existé auparavant qu'une jurisprudence prétorienne ; l'édit forma désormais une branche du droit écrit. Gaius la mentionne formellement au commencement de son premier commentaire et il a soin de la citer à la fin de son énumération, précisément parce que ce caractère de l'édit était tout nouveau.

[1] La même doctrine se retrouve dans les traités généraux. Voy. notamment Accarias, *Précis de droit romain*, 3e éd., I, p. 52. — Ortolan, *Législation romaine, Histoire et généralisation*, p. 305. Voy. cependant en sens contraire Mainz, *Cours de droit romain*, 4e éd., I, p. 286 et 287. Ce dernier auteur s'appuie sur ce qu'après Julien, les préteurs ont encore publié des édits et que, d'après certains textes, le droit prétorien a même subi des changements sous les successeurs Hadrien. Mais nous verrons bientôt que ces objections ne sont pas embarrassantes.

Jusqu'alors l'édit du magistrat avait obtenu force obligatoire pour la durée de ses fonctions ; désormais il fut obligatoire à perpétuité, comme les lois, les plébiscites, les sénatus-consultes. Aussi a-t-on pu dire de cet édit qu'il était perpétuel, mais dans un sens nouveau et parce que l'édit avait obtenu désormais *vicem legis*.

L'édit formant une loi, il ne saurait être modifié que par une loi, un sénatus-consulte ou une constitution impériale [1]. L'empereur lui-même ne peut pas rendre un rescrit contraire à l'édit, pas plus qu'il ne saurait en rendre un *contra legem*. [2] Sans doute le pouvoir législatif appartient à l'empereur, mais il n'en userait pas régulièrement s'il l'exerçait sous forme de rescrit. Le rescrit doit avoir pour objet de rappeler une règle déjà consacrée ou de trancher une controverse. Si l'empereur veut créer un droit nouveau et général, il doit le faire sous forme d'édit. [3]

[1] Cf. Gaius, *Com.*, II, § 120 et 126 ; III, § 52. — *Fragmenta vaticana*, § 282. — L. 10 à 12, *De legibus*, 1, 3. — L. 12, *pr.*, *De injusto, rupto testamento*, 28, 3. — L. 8, *De officio præsidis*, 1, 18.— Cf. Huschke, *Zeitschrift für Rechsgeschichte*, VI, p 324 et 329.

[2] Gordien, *Const.*, 2, *De in jus vocando*, 2, 2 : *pœnam Edicto perpetuo præstitutam Rescripto tibi concedi temere desideras*. De même on lit dans la L. 7, *De appellationibus* pr.: *Si res dilationem non recipiat, non permittitur appellare, veluti ne testamentum aperiatur, ut Divus Hadrianus constituit, ne frumentum in usum militum in annonæ subsidia contrahatur, neve scriptus heres in possessionem inducatur.* § 1, *Item si ex perpetuo Edicto aliquid decernatur id quominus fiat, non permittitur appellare.* § 2, *Item quominus* [illegible]*us vendere liceat, appellari non potest.*

[3] On sait que les rescrits sont obligatoires pour l'affaire en

79. On a beaucoup discuté sur le point de savoir si l'œuvre de Julien a porté seulement sur l'édit urbain ou si elle ne concerne pas aussi l'édit du *prætor peregrinus*, ou enfin si elle n'a pas embrassé même les édits des magistrats des provinces. Les uns ont dit que l'œuvre législative de Julien concerne seulement l'édit urbain. Elle ne porta ni sur l'édit du préteur pérégrin, ni sur l'édit provincial. D'autres, au contraire, pensent qu'elle fut générale et que l'édit de Julien fut, à proprement parler, le seul qui existât dans l'avenir comme ensemble du droit prétorien. Ces deux solutions sont, à notre avis, l'une et l'autre erronées.

Et d'abord il faudrait s'expliquer lorsqu'on prétend que l'édit de Julien est étranger à l'édit du préteur pérégrin et à l'édit provincial. Entend-on dire par là que le *jus edicendi* n'a pas été modifié pour le préteur pérégrin ni pour les gouverneurs de province ou, en d'autres termes, qu'à leur égard l'édit de Julien n'avait pas force de loi? Si cela était vrai, il faudrait reconnaître que la réforme d'Hadrien s'est ramenée à bien peu de chose ; elle n'aurait retiré qu'à un seul magistrat une partie de ses pouvoirs ; ce n'eût pas été une œuvre d'unité destinée à fortifier l'autorité impériale. La vérité est qu'il est difficile de savoir ce qu'entendent dire

vue de laquelle ils ont été rendus, mais ils ne le sont aussi pour les cas semblables qui se présentent dans la suite que si telle a été la volonté de l'empereur, § 6, I., *De jure naturali, gentium et civili*, 1, 2. Pour plus de détails, Accarias, *op. cit.*, 3e éd., I, p. 41.

les auteurs dans l'opinion desquels l'œuvre de Julien concernait seulement l'édit urbain.[1]

L'opinion contraire se présente avec plus de netteté, mais elle soulève, à notre avis, des objections considérables. Sans doute, elle ne dit pas si l'édit urbain a été fusionné dans l'édit pérégrin ou réciproquement, ni quelle part a été faite à l'édit provincial ; mais enfin elle prétend qu'à partir de Julien il n'a plus existé qu'un seul édit, applicable dans tout l'empire[2]. Schweppe affirme même que, dans sa réforme, l'empereur Hadrien avait surtout en vue les provinces, et c'est aussi l'opinion de M. Laferrière dans son *Histoire du droit français*[3]. Ce point de vue est exact dans une certaine mesure, mais il n'est pas permis d'en conclure que tous les édits ont été fusionnés en un seul. Si telle avait été l'œuvre de Julien, elle se serait présentée avec un caractère de nouveauté extraordinaire. Il n'est pas possible qu'une pareille innovation fût restée sans attirer l'attention des historiens et des jurisconsultes. Il deviendrait tout à fait étonnant qu'aucun d'eux ne l'ait relevée dans ses écrits. En outre, un pareil procédé eût proba-

[1] Voy. notamment Accarias, *Précis de droit romain*, 3e éd., I, p. 53, note 2. — Faure, *Essai historique sur le préteur romain*. Paris, 1878, p. 123, note 9. — Giraud, *op.* et *loc. cit.*, p. 202.

[2] En ce sens : De Boeck, *Le préteur pérégrin*, p. 112 et 113. — Schweppe, *Römische Rechtsgeschichte*, § 71. — Rudorff, *Ueber die Julianische Edictsredaction*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, III, p. 16 et suiv.

[3] II, p. 359.

blement jeté la confusion dans les dispositions de l'édit. C'est qu'en effet, au temps d'Hadrien, le droit romain n'était pas encore parvenu à cette unité qu'on relève dans les œuvres de Justinien. On appliquait dans les différentes parties de l'empire des droits très divers. Le droit civil romain, dans le sens strict de ce mot, était réservé aux citoyens Romains. La plupart des habitants des provinces avaient conservé le droit de leur cité ou de leur contrée; les Romains avaient même, comme nous l'avons dit, laissé à un grand nombre de villes déditices leurs lois propres, quoiqu'elles se fussent rendues à merci ; enfin on appliquait le droit des gens entre citoyens romains et *peregrini* ou entre *peregrini* de contrées différentes, et c'était même le seul droit par lequel étaient régis les hommes libres *sine civitate*. L'œuvre de Julien aurait pris des proportions considérables et aurait présenté une certaine obscurité si elle avait dû s'appliquer à toutes ces personnes. Enfin, il est, à notre avis, un argument décisif en faveur du maintien de l'édit provincial : nous possédons deux commentaires de l'édit composé par le jurisconsulte Gaius : l'un *Ad edictum urbanum*, l'autre *Ad edictum provinciale*, et ce dernier, comme nous l'avons déjà fait remarquer, est même le seul commentaire qui soit parvenu jusqu'à nous sur l'édit provincial. S'il n'a plus existé qu'un seul édit, comment expliquer ces deux commentaires distincts? On prétend qu'en réalité Gaius a écrit un seul commentaire, celui qui est intitulé *Ad edictum*

provinciale, et qu'il aurait mieux valu appeler plus simplement commentaire *Ad edictum*, comme ont fait plus tard les jurisconsultes Paul et Ulpien. En réalité, dit-on, le prétendu commentaire de Gaius sur l'édit urbain n'existe pas ; ce jurisconsulte s'est borné à écrire quelques monographies, des *libri singulares* sur différentes dispositions qui, autrefois, étaient propres à l'édit urbain. Aussi ne nous est-il parvenu qu'un nombre très restreint de fragments de ce travail, tandis que les commissaires de Justinien ont fait de larges emprunts au commentaire de Gaius *Ad edictum provinciale*. Mais ce qui prouve bien que ce commentaire est une œuvre générale sur l'édit, c'est que Gaius y fournit des exemples qui ne peuvent pas s'expliquer dans un traité sur l'édit provincial proprement dit. Ainsi il relève la condition *si navis ex Asia venerit* ; il parle du *fundus tusculanus*, du vin de Campanie, du froment d'Afrique, etc. [1]. Il y a plus : dans le sixième livre de son commentaire sur l'édit provincial, Gaius parle des règles de succession du droit civil romain, non seulement de celles qui résultent de la loi des Douze Tables, mais encore de celles qui ont été établies par le droit nouveau, c'est-à-dire par le sénatus-consulte Tertullien, et même par le sénatus-consulte Orphitien, qui date, comme on sait, de l'an 178 de notre ère. Comment expliquer cette étude sur le

[1] L. 33, *De hæredibus instituendis*, 28, 5. — L. 74, *De verborum obligationibus*, 45, 1. — L. 32, *De damno infecto*, 39, 2.

droit civil de succession propre aux citoyens romains et établie, soit longtemps avant l'édit de Julien, soit même après cet édit, s'il s'agit d'un travail sur le droit provincial[1]? On ne peut comprendre cette méthode qu'à la condition d'admettre que, sous ce titre restreint : *Ad edictum provinciale*, Gaius a en réalité écrit un commentaire sur l'édit, sur le seul édit qui existait depuis la réforme d'Hadrien.

Ces considérations soulèvent de très graves objections. Et d'abord ceux qui les présentent sont obligés de reconnaître que Gaius a mal intitulé son commentaire sur l'édit. Notre jurisconsulte a en réalité commis deux erreurs : il n'aurait pas dû appeler ses monographies relatives à quelques dispositions autrefois propres à l'édit urbain, commentaire *Ad edictum urbanum ;* dans son titre *Ad edictum provinciale*, il aurait dû supprimer le dernier mot. On avouera qu'avec de semblables procédés d'interprétation, il est possible d'aller bien loin. Il est vrai que les successeurs de Gaius, les jurisconsultes Paul et Ulpien, se sont bornés à dire qu'ils écrivaient des commentaires *Ad edic-*

[1] L. 1 et 3, *De hæreditatis petitione*, 5, 3 : *Hæreditas ad nos pertinet aut vetere jure aut novo : Vetere e Lege duodecim Tabularum, vel ex testamento..... vel ab intestato. Novo jure fiunt heredes omnes, qui Senatusconsultis, aut ex Constitutionibus ad hæreditatem vocantur.* Il est probable que Gaius, en parlant des droits successoraux établis par les constitutions, a en vue les *bona castrensia*. Cpr, L. 2 pr, et § 2, *Familiæ erciscundæ*, 10, 2. — Pr. I., *Quibus non est permissum facere testamentum*, 2, 12.

tum, sans préciser davantage, sans dire s'il s'agissait de l'édit urbain ou de l'édit provincial. C'est qu'en effet depuis le temps de Gaius, il s'était produit un évènement considérable : la constitution de l'empereur Caracalla avait conféré la qualité de citoyen romain aux habitants des provinces. Sans doute, toutes les différences n'avaient pas disparu entre Rome et la province, notamment en ce qui concerne l'administration de la justice et le régime des biens. Mais il n'en est pas moins vrai que pour les personnes, le droit civil romain était d'une application générale et presqu'absolue. On comprend dès lors qu'en fait l'édit provincial, sans disparaître, ait perdu une grande partie de son utilité et de ses caractères propres ; qu'en conséquence, les jurisconsultes ne se soient plus attachés qu'à expliquer l'édit urbain devenu l'édit par excellence, l'édit de droit commun de tout l'empire. Mais tout autre était la situation au temps de Gaius. La nécessité de plusieurs édits, l'un urbain, l'autre pérégrin, d'autres encore provinciaux, était la conséquence de la variété de condition des personnes et des biens. On comprend d'ailleurs que Gaius, jurisconsulte provincial, ait moins longuement commenté l'édit urbain que l'édit provincial. On s'explique aussi l'insertion dans ce dernier travail d'exemples où il est parlé de la condition *si navis ex Asia venerit*, de l'immeuble *tusculanus*, du vin de Campanie ; c'étaient là, comme nous l'avons fait observer à une autre occasion, des exemples classiques, que tous les jurisconsultes ro-

mains employaient par routine et auxquels ils n'attachaient aucune importance. L'insertion de dispositions de pur droit civil dans le commentaire sur l'édit provincial, n'est pas plus difficile à expliquer. Nous avons déjà constaté à plusieurs reprises que Gaius s'attachait à rapprocher les diverses législations de l'empire et, de même que dans ses Institutes, il parle souvent de la condition des provinciaux, de même, dans son commentaire sur l'édit provincial, il a pu s'occuper de la condition des citoyens romains. Il y a plus : il a dû le faire, car le président de la province avait en vue dans son édit, aussi bien les citoyens romains établis dans son gouvernement, que les habitants de la province.

En résumé, malgré l'œuvre de Julien, les différentes parties du droit honoraire ont conservé leur existence propre : édit urbain, édit pérégrin, édit provincial, édit des édiles curules.

Mais l'édit de Julien est devenu une loi d'empire et, à ce titre, il a été obligatoire dans les provinces comme à Rome. Nous avons déjà constaté combien les différents édits, à côté de particularités très remarquables, présentaient de nombreux points de contact. Une foule de dispositions du droit romain appartenaient aussi au *jus gentium*, et notamment parmi les modes d'acquérir la tradition qui était le plus fréquent de tous, l'occupation, l'accession, tous les contrats consensuels, tous les contrats *re*, y compris le *mutuum*, les différentes applications de la stipulation (sauf la

formule *spondesne? spondeo.* Il existait donc déjà dans l'édit urbain un véritable droit commun de l'empire, et dans cette mesure l'œuvre de Julien est aussi devenue une loi générale que les magistrats provinciaux ont dû respecter; mais sur les autres parties du droit, leur *jus edicendi* ne fut pas modifié.

80. — C'est qu'en effet il ne faudrait pas croire que, par la mise en vigueur de l'édit perpétuel de Salvius Julianus, les magistrats de Rome et des provinces aient complètement perdu le *jus edicendi.* S'il en avait été ainsi, l'édit d'Hadrien aurait, en réalité, obtenu plus de force qu'une loi. Les lois, les plébiscites, les sénatus-consultes, ne s'opposaient pas, tant s'en faut, aux édits des magistrats; ils les provoquaient même, car les édits étaient destinés à assurer leur application. Les magistrats conservèrent le *jus adjuvandi, supplendi, corrigendi, juris civilis gratia,* et ce droit s'appliqua à l'édit de Julien devenu une loi, comme il s'appliquait aux autres lois. Toutefois, le préteur et le président ne pouvaient pas abroger par une disposition nouvelle une règle que consacrait l'édit de Julien, pas plus qu'ils n'auraient eu le droit d'abroger une loi ou un sénatus-consulte. C'est par ce côté que la puissance des magistrats fut singulièrement affaiblie. Autrefois, le magistrat, à son entrée en fonctions, se trouvait en réalité en présence de dispositions de l'édit qui avaient perdu toute force avec les pouvoirs de ses

prédécesseurs. Désormais, l'édit de Julien s'imposait à lui comme toutes les autres lois, et j'ajouterais volontiers, d'une façon plus gênante et plus restrictive. En effet, les autres lois laissaient au prêteur le moyen d'organiser sa procédure, et on sait combien la mise en pratique d'une loi permet de la modifier dans son application. L'édit de Julien était au contraire lui-même une loi de procédure, c'est-à-dire une loi destinée à assurer l'application des autres, et par cela même il échappait bien plus aux entreprises des magistrats. Lorsqu'une disposition de l'édit perpétuel paraissait surannée, devenait gênante dans l'application, il fallait en demander l'abrogation à l'empereur; tant que cette abrogation n'était pas obtenue, les magistrats devaient la respecter et l'appliquer.

Mais s'agissait-il de combler une lacune de l'édit perpétuel, d'assouplir telle de ses dispositions à des exigences nouvelles, alors reparaissait le *jus edicendi*. C'est ce qui résulte bien, sinon du commencement qui est un peu obscur, du moins de la fin du passage de la constitution *Tanta* où il est parlé des effets produits par l'édit de Julien.

On voit maintenant quelle a été la portée de l'innovation d'Hadrien : elle a enlevé aux magistrats le *jus edicendi* sur toutes les parties de l'édit urbain qui ont passé dans l'édit de Julien ; pour le reste, le *jus edicendi* a persisté tel qu'il existait autrefois. Il va sans dire que ces nouvelles dispositions de l'édit, postérieures à Julien, introduites par tel ou tel magistrat, n'étaient pas obligatoires

pour ses successeurs, bien qu'en fait ils les aient respectées.

Gaius nous apprend formellement que le *jus edicendi* existe encore et est pratiqué de son temps. Il nous fait même connaître les magistrats auxquels n'appartient pas ce droit : *Jus autem edicendi habent magistratus populi Romani ; sed amplissimum jus est in edictis duorum prætorum, urbani et peregrini : quorum in provinciis jurisdictionem præsides earum habent ; item in edictis ædilium curulium : quorum jurisdictionem in provinciis populi Romani quæstores habent ; nam in provincias Cæsaris omnino quæstores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his provinciis non proponitur.*[1] On a dit que dans le Digeste, certains textes parlent de dispositions nouvelles insérées dans l'édit perpétuel. Mais à notre avis, la preuve n'est pas faite. Ainsi le jurisconsulte Marcellus nous cite comme disposition nouvelle l'édit *de conjungendis cum emancipato liberis* qui aurait été introduit par Julien lui-même. Mais Julien a peut-être inséré cette disposition dans l'édit pendant sa préture et il l'a ensuite maintenue dans son édit perpétuel, de sorte qu'à proprement parler, cette disposition est un peu antérieure à l'innovation d'Hadrien.[2] Nous n'en reconnaissons pas moins, il est vrai, le maintien du *jus edicendi* ; mais l'absence de toute disposition importante,

[1] *Com.*, 1, § 6.

[2] L. 3, *De conjungendis cum emancipatio liberis*, 37, 8. — Cfr. L. 1, § 13, *De ventre in possessionem mittendo*, 37, 9.

postérieure à Julien, prouve surabondamment que les magistrats n'ont plus guère fait usage de ce droit. Nous admettons aussi qu'ils ont pu rendre encore des *edicta repentina* pour les circonstances imprévues qui se produisaient au cours de leurs fonctions, des *edicta breviora et monitoria* dans lesquels les magistrats donnaient de simples avis, enfin des *edicta peremptoria* pour le cas de défaut de l'une des parties. Mais ce sont là des points tout à fait secondaires et sans importance sur la formation du droit. On peut donc dire, sans exagération, que Salvius Julianus a donné au droit prétorien sa forme dernière et définitive.

81. A raison même de son importance exceptionnelle et de son caractère législatif, l'édit de Salvius Julianus a servi de base à des travaux scientifiques de premier ordre et de modèle à des œuvres législatives postérieures. Julien lui-même a écrit deux ouvrages considérables, l'un *ad edictum* et l'autre intitulé *Digesta*. Il ne semble pas toutefois, que le premier de ces ouvrages ait porté sur l'œuvre législative de Julien lui-même; c'est un commentaire sur l'édit tel qu'il en avait été composé auparavant et dès lors on doit même conclure que cet ouvrage a été écrit avant la mise en vigueur du nouvel édit.[1] Le second ouvrage de Julien, intitulé *Digesta*, est beaucoup plus important et embrasse, comme l'indique son titre

[1] Cf. L. 1, *De his qui notantur infamia*, 3, 2.

même, l'ensemble du droit civil et du droit prétorien ; les commissaires de Justinien lui ont fait de nombreux emprunts. Certains auteurs ont même soutenu que le prétendu édit perpétuel de Julien n'était pas autre chose que cet ouvrage intitulé *Digesta*. Cette opinion revient à nier l'existence de l'édit perpétuel qui cependant est formellement attestée par deux constitutions de Justinien et par un texte du Digeste.[1] Ce texte relate une disposition nouvelle introduite par Julien dans l'édit et il fait observer qu'en conséquence cette disposition est, par cela même, devenue immédiatement obligatoire ; il s'agit de celle qui est connue sous le nom d'*edictum*[2] *de conjungendis cum emancipato liberis*. Suivant d'autres auteurs, les *Digesta* de Julien formeraient un commentaire de son édit perpétuel. Il paraît, en effet, hors de doute que Julien a expliqué, dans cet ouvrage, les dispositions de son édit ; mais il a fait plus et il a entendu embrasser aussi les autres parties du droit privé. Le Digeste de Julien a été commencé sous le règne d'Hadrien, continué sous celui d'Antonin le Pieux, et terminé sous le règne des *divi fratres*, Marc Antoine et Verus. Il ne comprend pas moins de 90 livres ; les 85 premiers ont été composés d'après le plan et la méthode de l'édit ; les derniers sont consacrés aux donations, *legationibus*, *capti-*

[1] L. 3, *De conjungendis cum emancipato liberis*, 37, 8.

[2] On se rappelle que le mot *edictum* est assez souvent employé pour désigner non pas l'édit tout entier, mais une disposition qui le renferme.

vis, manumissionibus, publicis judiciis et capitalibus causis.

Sextus Pomponius composa aussi un ouvrage dans le genre du Digeste de Julien. Son œuvre devait même être encore plus étendue, car dans son 83e livre il était à peine parvenu à la moitié des matières de l'édit.[1] Son ouvrage devait comprendre plus de 150 livres. Il semble qu'il ait composé ce travail après l'édit perpétuel de Julien, car il parle de la nouvelle clause introduite par ce jurisconsulte dans l'édit et connue sous le nom d'*edictum de conjungendis emancipato liberis.*[2] Mais, d'un autre côté, comme Julien cite parfois l'autorité de Pomponius, il serait bien possible que les deux ouvrages aient été composés en même temps et aient paru par livraisons successives.[3] Ce qui est certain, c'est que l'ouvrage de Pomponius a perdu d'assez bonne heure son autorité ; il a dû s'effacer devant celle des grands jurisconsultes postérieurs qui ont écrit sur l'ensemble de l'édit, Gaius, Paul, Ulpien. Les *Digesta* de Salvius Julianus ont obtenu une meilleure fortune, par cela même qu'ils avaient été composés par l'auteur de l'édit perpétuel. Julien s'imposait comme législateur. Sans doute il jouissait aussi d'une très grande réputation comme jurisconsulte, mais à ce

[1] L. 1, § 14, *Si quid in fraudem patroni*, 38, 5.
[2] L. 1, § 3, *De collatione*, 37, 6.
[3] L. 18, § 5, *De damno infecto*, 39, 2. — *Fragmenta vaticana*, § 48.

titre il n'échappait pas plus que les autres aux critiques et aux objections.[1]

Gaius a aussi écrit, comme nous l'avons déjà vu, deux commentaires sur l'édit; l'un sur l'édit urbain, l'autre sur l'édit provincial. Nous en avons dit assez dans le paragraphe précédent sur le premier travail; mais il faut nous arrêter au second qui est le plus important pour nous. Le commentaire de l'édit provincial comprend 30 livres; les 31 et 32 sont consacrés à l'édit des édiles curules. Il semble avoir été écrit, comme le commentaire sur l'édit urbain, avant les Institutes, car Gaius renvoie de ses Institutes à son explication de l'édit.[2] Ces ouvrages ont été composés sous le règne d'Antonin le Pieux, et bien certainement d'après l'édit perpétuel de Julien.[3] Quant à savoir quel est, d'une manière précise, cet édit provincial, auquel Gaius a consacré un long commentaire, elle soulève des difficultés dont on ne peut sortir que par des conjectures en l'absence de renseignements précis. Gaius a-t-il voulu expliquer l'édit en vigueur dans la province où il écrivait? Ou bien s'est-il placé à un point de vue abstrait et a-t-il entendu expliquer, comme pourrait le faire croire son titre, un édit provincial idéal formé de la réunion des

[1] Voy. notamment L. 7, § 2, *De pactis*, 2,,14. — L. 9, § 8, *Quod metus causa*, 4, 2. — L. 11, § 18, *De actionibus empti et venditi*, 19, 1.

[2] Voy. notamment *Com.*, III, § 33 et 188.

[3] Cf. L. 4, 7, 14, *Judicatum solvi*, 46, 7. — Fitting, *Alter der Schriften römischen Juristen*, p. 19 et 20.

règles les plus généralement consacrées par les édits des provinces? Ou bien encore n'a-t-il pas purement et simplement commenté, comme le prétend Mommsen, l'*edictum asiaticum?* Il est certain que cet édit avait acquis une grande réputation déjà au temps de Cicéron : l'édit asiatique avait été considéré par les présidents comme un modèle à suivre.[1] Si l'on ajoute que Gaius écrivait en Asie, on peut être porté à croire qu'il a eu en vue cet édit dans son commentaire. Cependant il nous semble, comme nous l'avons déjà dit dans le paragraphe précédent, qu'il aurait, en pareil cas, intitulé son ouvrage : *ad edictum asiaticum.* Aussi préférons-nous admettre que notre jurisconsulte s'était décidé à écrire un traité sur le droit commun des édits provinciaux. C'est qu'en effet, malgré le rapprochement qui s'accentuait de plus en plus entre le droit civil romain et le droit des gens, de profondes différences séparaient encore la législation de Rome et celles des provinces. Sans doute les formes générales de la procédure étaient les mêmes; mais les différences dans les droits en produisaient nécessairement dans les actions. Il ne faut pas oublier que Gaius écrivait avant la consti-

[1] Cicero, *ad Att.*, 6, n° 1 : *Ego habeo* ἰσοδυναμοῦσαν (*exceptionem*) *sed tectiorem, ex Q. Mucii P. filii edicto Asiatico : extra quam si ita negotium gestum est, ut eo stari non oporteat ex fide bona : multaque sum secutus Scævolæ ; in iis illud in quo sibi libertatem censent Græci datam, ut Græci inter se disceptent suis legibus. — Græci vero exsultant quod peregrinis judicibus utuntur.*

tution de Caracalla qui conféra la cité romaine aux habitants des provinces et même après cette constitution, l'unité ne fut pas complètement faite, car on continua à distinguer pour le régime de la propriété entre les biens provinciaux et les biens italiques. C'est seulement sous Justinien que cette différence disparut et que l'unité devint à peu près parfaite. Aussi comprend-on que les commissaires de cet empereur aient eu soin de n'extraire des commentaires de Gaius sur l'édit provincial, que des fragments susceptibles d'une application générale ; ils devaient tout naturellement écarter toutes les particularités du droit provincial qui tenaient au temps de Gaius à la condition des personnes ou au régime des biens. On comprend ainsi que les fragments épars du commentaire de Gaius sur l'édit provincial nous apparaissent avec un caractère de généralité qui permettrait de les appliquer à l'édit urbain. Nous admettons même volontiers que, dans cet ouvrage, Gaius a expliqué des dispositions de droit civil romain, soit en vue des citoyens romains qui habitaient la province, soit encore pour se livrer, comme nous disions aujourd'hui, à des études de législation comparée qui lui étaient, en effet, très familières. Mais nous devons rappeler qu'il serait bien téméraire de conclure de là que, sous le titre *ad edictum provinciale*, Gaius ait commenté l'édit urbain ou encore qu'à partir de Salvius Julianus, il n'a plus existé qu'un seul édit pour tout l'empire. On sait pour quels motifs nous nous refusons à l'admettre. Sans doute les

différents édits tendaient à se rapprocher de plus en plus et ce n'était pas là un phénomène nouveau, mais la fusion n'était pas faite et ne pouvait pas se faire complètement. Au temps de Gaius, la condition des personnes était très différente, suivant qu'il s'agissait de provinciaux ou de citoyens romains. Il en existait une autre non moins importante pour le régime des biens ; l'organisation de la justice n'était pas non plus la même dans les provinces et à Rome, et l'édit du président devait contenir des dispositions spéciales nécessitées par la juridiction propre aux magistrats municipaux. [1]

Si l'on compare le plan et la méthode employés par le jurisconsulte Gaius pour l'édit provincial au plan et à la méthode de Paul et d'Ulpien pour l'édit urbain, on relève deux différences d'une certaine importance. Gaius place la matière des stipulations prétoriennes avant les exceptions. Il consacre les livres 27 et 28 aux premières et les livres 29 et 30 aux secondes. Paul et Ulpien s'occupent, au contraire, des exceptions avant de passer aux stipulations prétoriennes, et il est bien probable qu'ils ont suivi l'ordre de l'édit. Les livres 69 à 71 ont été consacrés par Paul aux exceptions et les livres 72 à 78 aux stipulations prétoriennes. Même système dans le commentaire d'Ulpien : les livres 74 à 76 traitent des exceptions et les livres 77 à 81 des stipulations prétoriennes. Il est à peu près certain que sur ce point le plan de l'édit provincial

[1] Voy. à cet égard Jousserandot, l'*Édit perpétuel*, I, p. 6.

était identique à celui de l'édit urbain. Si le jurisconsulte Gaius s'est permis de le modifier, c'est parce qu'il y a découvert un défaut de méthode et, en effet, la stipulation prétorienne n'est-elle pas établie en faveur du demandeur comme l'*actio*, et dès lors n'est-il pas logique de s'en occuper avant de parler des exceptions, c'est-à-dire des moyens établis en faveur du défendeur?

La seconde particularité que présente le commentaire de Gaius ne peut s'expliquer que par une de ces différences nombreuses, qui ne permettaient pas de confondre le sol provincial avec le sol italique. Paul et Ulpien, après avoir parlé des actions divisoires et de l'action *ad exhibendum*, expliquent l'importante matière *de religiosis et sumptibus funerum* avant de passer au *mutuum* et aux autres contrats. Gaius, au contraire, ne dit rien à ce sujet. Les livres 6, 7 et 8 sont consacrés aux actions réelles, aux actions divisoires, à l'action *ad exhibendum*, et le livre 9 parle ensuite *de rebus creditis*. Gaius ne s'occupe *de religiosis et sumptibus funerum* que dans le livre 19, en même temps que du *damnum infectum*, et après avoir consacré le livre 18 à la théorie des legs. Comment expliquer ce déplacement? Il est évident que l'édit provincial ne contenait aucune disposition qui fut consacrée aux *loci religiosi*; c'est qu'en effet, d'après l'opinion dominante des Romains, le sol provincial ne pouvait pas devenir un *locus religiosus*. Gaius nous l'apprend lui-même dans son Commentaire II, § 7 : *Sed in provinciali solo placet*

plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est vel Cæsaris ; nos autem possessionem tantum vel usumfructum habere videmur : utique tamen etiamsi non sit religiosum, pro religioso habetur. Si l'édit provincial ne contenait aucune disposition sur les *loci religiosi*, il fallait bien chercher quelque part une place à cette matière. D'après Lenel, Gaius lui assigne le livre 19, parce que le livre 18 et le précédent de son Commentaire sont consacrés aux legs. Or, les questions relatives aux funérailles d'une personne sont généralement prévues et comprises dans ses dernières volontés [1]. Cette explication me paraît exacte, mais incomplète. Elle ne nous dit pas pour quel motif Gaius, au lieu de comprendre ce sujet dans le livre 18 avec les legs, en fait l'objet du livre 19, où il s'occupe aussi du *damnum infectum*. J'ajouterai donc que les funérailles d'une personne pouvant donner lieu à un dommage imminent pour le voisin, Gaius s'était tout naturellement servi des questions relatives aux funérailles comme moyen de transition entre le legs et le *damnum infectum*.

En continuant, d'après l'ordre chronologique, l'étude des travaux composés sur l'édit, nous arrivons maintenant à quelques commentaires pour lesquels une simple mention suffira.

Ainsi, nous ne nous arrêterons pas au commentaire de l'édit composé par Furius Anthus (ou An-

[1] Lenel, *Das Edictum perpetuum*, p. 6.

tæus ou Anthianus). Ce travail n'est pas parvenu jusqu'à nous ; nous n'en avons connaissance que par trois fragments insérés au Digeste et par une mention contenue dans un texte de Paul [1]. Sous le règne de Sévère et de Caracalla, le jurisconsulte Callistrate composa quatre livres sur l'édit connu sous le nom de *Monitorii*. Certains romanistes en ont conclu que ce travail portait sur les édits spéciaux connus sous ce nom ; Rudorff croit plus simplement qu'il s'agit d'un titre par lequel on prévient les plaideurs contre les dangers des procès mal engagés [2].

Les deux commentaires de l'édit les plus célèbres sont, sans contredit, ceux de Paul et d'Ulpien. Paul est un des plus grands noms qui figurent parmi les jurisconsultes romains. Il parvint aux plus hautes fonctions de l'empire : membre du *consilium* de Septime Sévère, [3] assesseur du préfet du prétoire Papinien, [4] préfet lui-même sous Alexandre Sévère, ce grand jurisconsulte fut à la

[1] L. 14, pr. *De aqua et aquæ pluviæ arcendæ*, 39, 3. — On sait d'ailleurs peu de choses sur ce jurisconsulte, dont le nom même n'est pas connu d'une manière certaine. Quant aux trois textes du Digeste empruntés à son commentaire sur l'édit, ce sont : L. 62, *De pactis*, 12, 14. — L. 40, *De dolo malo*, 4, 3. — L. 80, *De rei vindicatione*, 6, 1. Ces trois textes sont extraits du livre Ier d'Anthianus, ce qui permet de conjecturer que son ouvrage n'était pas très avancé ; d'ailleurs l'index de la Florentine nous apprend en effet qu'il avait composé seulement μέρος ἐδίκτου βιβλία πέντε.

[1] *Edictum perpetuum*, p. 14.

[2] *Edictum perpetuum*, p. 14.

[3] L. 38, *De minoribus*, 4, 4.

[4] L. 40, *De rebus creditis*, 12, 1.

fois un homme de doctrine et un praticien. Il a très probablement enseigné le droit, comme le prouvent ses ouvrages destinés aux étudiants, *Libri Institutionum*, *Libri Regularum*, *Liber Singularis Regularum;* les textes nous le présentent comme remplissant les fonctions d'avocat ou d'assesseur.[1] Par la variété de ses occupations, il était mieux que tout autre à même d'écrire sur l'édit. Aussi lui consacra-t-il deux ouvrages : l'un est intitulé *Ad edictum prætoris*[2] et ne comprend pas moins de 80 livres; les deux derniers livres concernent l'édit des édiles curules. Le second est intitulé *Brevium* ou *Brevis edicti* ou *de Brevibus*. Il ne faudrait pas conclure de ce titre que cet ouvrage forme une sorte de précis, un résumé du premier. Suivant Rudorff, Paul lui a donné ce titre uniquement parce qu'il était le plus court de ses deux traités sur l'édit.[3] Peut-être pourrait-on admettre aussi que Paul s'était plutôt proposé, dans ce second ouvrage, de traiter des questions spéciales.[4] Il n'est pas inutile de rappeler que dans certaines parties de ses *Sentences*, Paul s'est aussi attaché à suivre l'ordre de l'édit.

Ulpien était contemporain de Paul et il se rendit aussi célèbre. Originaire de Tyr, en Phénicie, il fut, en même temps que Paul, assesseur de Papi-

[1] Voy. notamment L. 78, § 6, *De legatis et fideicommissis*, 32.

[2] L. 7, *De administratione rerum*, 50, 8.

[3] *Edictum perpetuum*, p. 15.

[4] Cp. *Fragmenta vaticana*, § 310 et 311.

nien. A la mort de ce dernier, il fut banni par Caracalla, puis rappelé par Alexandre Sévère et revêtu de diverses dignités, enfin nommé préfet du prétoire. Il exerçait ces fonctions lorsqu'il fut assassiné par les prétoriens, en 228, subissant ainsi le sort qu'il avait lui-même infligé à ses prédécessseurs. Il enseigna le droit et écrivit plusieurs ouvrages à l'usage des étudiants, *Libri Institutionum*, *Libri opinionum*, *Libri regularum*. Homme à la fois de théorie et de pratique, il devait, lui aussi, s'attacher à l'édit et le commenter avec soin. Il ne lui consacra pas moins de 83 livres. Les huit premiers furent écrits sous le règne de Sévère et de Caracalla (années 198 à 211); les livres 9 à 50, sous Antonin (années 212 à 217); les autres, sous Alexandre (années 222 à 228). Les deux derniers livres (82 et 83) sont consacrés à l'édit des édiles curules. On se rappelle que Gaius et Paul ont employé le même procédé, consistant à rejeter à la fin les dispositions des édiles curules.

Pour être complet, il faut encore rappeler qu'Hermogénien, comme il nous l'apprend lui-même, interpréta aussi l'édit perpétuel. [1]

Le code de Grégoire, comprenant treize livres, et celui d'Hermogène qui le compléta, furent tous deux composés d'après le plan et la méthode de

[1] L. 2, *De statu hominum*, 1, 5. Les grammairiens s'en servaient aussi dans leurs études. Citons notamment Aulu-Gelle.

l'édit perpétuel.[1] De même, on relève encore ce plan et cette méthode, d'abord dans le code théodosien, pour les livres 2 à 4 inclusivement, et ensuite dans le code de Justinien, pour les livres 2 à 8. Il semble même que Justinien ait plus respecté l'ordre de l'édit dans son Code qu'au Digeste. Ainsi il y a laissé à leur place la matière de la *bonorum possessio* et celle de la stipulation *duplæ*.

Il y a aussi des jurisconsultes qui, sans commenter l'édit, s'inspirèrent de ses divisions dans d'autres ouvrages ; c'est ce qu'a fait Papinien pour ses *Réponses;* de même, dans les *fragmenta vaticana*, si on rattache ce qui reste du titre *Ex empto et vendito* au titre de la revendication, on constate que, pour le reste, comme l'a ingénieusement relevé Huschke,[2] l'ordre de l'édit a été scrupuleusement suivi.

Ce n'est pas ici le lieu de rappeler comment les commissaires de Justinien ont composé le Digeste ; on sait qu'ils se sont attachés, en général, à suivre l'ordre de l'édit. Bluhme a découvert, en 1821, le procédé qu'avaient employé les commissaires et qui leur avait permis de terminer si rapidement leur œuvre[3].

[1] Voy. ce que dit à cet égard Hænel, dans sa préface, p. 7, note 9 et p. 23. — Cf. Huschke, *Ueber den Gregorianus und Hermogenianus Codex*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. VI, p. 279.

[2] Dans sa *Jurisprudentia Antejustinianea*, 2e éd., 1867, p. 611.

[3] D'après Bluhme, les commissaires partagèrent en trois

Toutefois les commissaires de Justinien ont profondément modifié les intitulés des titres de l'édit et, de plus, ils n'ont tenu aucun compte des formules qui étaient depuis longtemps hors d'usage. D'ailleurs, sur ce dernier point, ils n'ont dû se livrer à un travail qu'autant qu'on admet avec Rudorff que les formules étaient entremêlées dans les dispositions de l'édit. Nous avons déjà fait connaître les raisons qui nous ont déterminé à combattre cette conjecture.

La puissance d'une œuvre se manifeste par l'influence qu'elle exerce autour d'elle. On peut dire qu'à ce titre, le droit prétorien forme la branche la plus vigoureuse du droit romain ; c'est lui qui ins-

groupes tous les ouvrages des jurisconsultes auxquels ils se proposèrent de faire des emprunts. Eux-mêmes se subdivisèrent en trois sous-commissions qui correspondaient à chacun de ces groupes. Chaque sous-commission, après avoir dépouillé les ouvrages compris dans son lot, apportait sous chacun des titres du Digeste, le contingent d'extraits qui s'y rapportaient. Dans la première catégorie étaient compris les ouvrages écrits sur le *jus civile*. Bluhme l'appelle *Sabinusmasse*, parce qu'elle renferme principalement les commentaires sur Sabinus. C'est la plus considérable, et les commissaires l'ont ordinairement placée la première dans chaque titre du Digeste. La seconde catégorie embrassait les ouvrages écrits sur le *jus honorarium*, notamment les commentaires sur l'édit perpétuel ; aussi Bluhme l'appelle-t-il *Edictenmasse*. Enfin le troisième groupe portait sur les traités de droit pratique. Les questions et les *responsa* de Papinien y dominent ; c'est pourquoi Bluhme l'a appelée *Papinianusmasse*. Voyez le compte rendu de cette découverte exposé par Bluhme lui-même dans la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, IV, p. 257. Voyez aussi *Themis*, III, p. 278.

pire la législation romaine, l'assouplit à la pratique et au droit naturel ; c'est lui qui sert ensuite de guide aux jurisconsultes et aux nouveaux législateurs. Cette influence se manifeste depuis les premiers temps de la préture et persiste jusque sous Justinien.

FIN

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE 1

§ 1. Introduction..... 3

1. Utilité de cette étude.

§ 2. Sur le nom de Gaius..... 5

2. Quel était le nom de Gaius. — 3. Orthographe de ce mot.

§ 3. Vie du jurisconsulte Gaius..... 17

4. A quelle époque vivait Gaius. — 5. Est-il né à Rome ou dans une province, et particulièrement dans une province d'Asie? — 6. Gaius avait reçu une éducation grecque. — 7. Gaius vécut loin de Rome, après y avoir étudié.— 8. Le droit provincial dans les Institutes de Gaius. — 9. Connait-on la ville où s'était fixé Gaius? — 10. Autres jurisconsultes provinciaux.

§ 4. L'enseignement du droit chez les Romains..... 38

11. Résumé des diverses périodes.— 12. L'enseignement du droit sous la République et jusqu'à l'Empire. —13. Les écoles sous l'Empire. — 14. Branches du droit qu'on enseignait. — 15. Conditions dans lesquelles se donnait l'enseignement. — 16. Quel était le quartier des écoles de droit à Rome? — 17. Les Proculiens et les Sabiniens.

§ 5. Caractère et qualités de Gaius..... 70

18. Gaius était-il stoïcien ? — 19. Clarté et méthode de Gaius. — 20. Ses études historiques. — 21. Gaius appartenait à l'école des Sabiniens. — 22. Silence que gardent les contemporains de Gaius sur son compte.

§ 6. Du *jus respondendi* en général..... 84

23. Systèmes des anciens romanistes. — 24. Différentes opinions qui ont été proposées de nos jours, mais sans succès. — 25. Opinion à laquelle l'auteur s'arrête. — 26. Système de M. Bodin. — 27. Réfutation de ce système. — 28. Réfutation des objections qu'on a adressées à notre opinion. — 29. Indication des autres systèmes proposés de nos jours.

§ 7. Gaius avait-il obtenu le *jus respondendi*?..... 120

30. Affirmative enseignée par MM. Huschke et Caillemer. — 31. Négative. Arguments de M. Asher. — 32. Solutions proposées.

§ 8. Les Institutes de Gaius..... 126

33. A quelle époque ont été écrites les Institutes. — 34. Ont-elles paru en livraisons successives? — 35. Division des Institutes : en titres, dans le manuscrit de Vérone ; en paragraphes, dans les éditions modernes.— 36. Ordre des matières. — 37. Premier commentaire. — 38. Second commentaire. — 39. Troisième et quatrième commentaires. — 40. Gaius fait-il rentrer les obligations parmi les *res* ou parmi les *actiones*? — 41. Qualités et défauts des Institutes. — 42. Autres ouvrages élémentaires de droit. Imitateurs des Institutes de Gaius. — 43. Pourquoi Gaius a appelé les quatre parties de ses Institutes des *commentaires*. — 44. Les Institutes de Gaius sont-elles le cours que lisait ce jurisconsulte? — 45. Suite et réfutation. — 46. Destinée des Institutes de Gaius en Orient et en Occident. — 47. Les Institutes de Gaius et les barbares; leur abrégé dans le Bréviaire d'Alaric. Ont-elles été utilisées par les rédacteurs du Papien? — 48. Les Institutes de Gaius en Orient. — 49. Les Institutes de Gaius en Occident au moyen-âge. — 50. Petrus Jacobus de Ravani a-t-il connu, comme il le prétend, le texte original des Institutes de Gaius ?

§ 9. Le manuscrit des Institutes de Gaius..... 165

51. Les palimpsestes. — 52. Comment on a découvert en 1816 le manuscrit palimpseste contenant les Institutes de Gaius. — 53. Travaux de déchiffrement de Bekker, Gœschen et Hollweg. — 54. Description du manuscrit. — 55. Le manuscrit de Vérone contient-il vraiment les Institutes de Gaius? Opinion curieuse d'un jurisconsulte anglais. — 56. Editions de Göschen. — 57. Lecture du manuscrit par Bluhme. Mésaventures de ce savant. — 58.

Apographum de Böcking. — 59. Troisième lecture du manuscrit par Stüdemund.

§ 10. Editions des Institutes de Gaius..... 195

60. Editions publiées d'après la lecture de Göschen. — 61. Editions publiées d'après la lecture de Bluhme. — 62. Editions publiées d'après la lecture de Stüdemund.

§ 11. Écrits de Gaius autres que ses Institutes..... 201

63. Enumération de ces ouvrages. — 64. Sous quel règne ont-ils été composés ?

§ 12. Des édits des magistrats et des travaux de Gaius sur ces édits..... 212

65. Plan de cette dernière étude. — 66. Magistrats qui publiaient des édits. — 67. Publication des édits. — 68. Le préteur faisait-t-il acte de législateur par son édit ? — 69. Fixation de l'édit. — 70. L'édit du préteur pérégrin. — 71. La loi Cornelia. — 72. Travaux des jurisconsultes sur le droit prétorien avant l'édit de Julien. — 73. Edits des magistrats des provinces. — 74. L'édit perpétuel de Salvius Julianus. C'est une œuvre législative. — 75. Plan et méthode de l'édit perpétuel, d'après les reconstitutions qui en ont été faites. — 76. Caractères de l'édit. — 77. Formules de l'édit. — 78. Effets produits par l'édit de Julien. Conséquences de ce qu'il constitue une loi. — 79. A-t-il porté sur l'édit pérégrin et sur l'édit provincial ? — 80. Les magistrats ont-ils perdu le *jus edicendi* ? — 81. Travaux sur l'édit de Julien. — 82. Influence de l'édit sur les codes de droit romain.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

ÉLÉMENTS

DU

DROIT FRANÇAIS

DROIT CIVIL, DROIT COMMERCIAL, DROIT PUBLIC, DROIT CONSTITUTIONNEL, DROIT ADMINISTRATIF, ETC.

(Ouvrage couronné par l'Institut, Académie des sciences morales et politiques),

Par E. GLASSON

Membre de l'Institut, professeur à la Faculté de Droit de Paris et à l'Ecole des Sciences politiques.

Nouvelle édition, revue, corrigée et augmentée

1884, 2 vol. in-8, prix : **16 fr.**,

Le même ouvrage, relié en demi-chagrin, prix : **20 fr.**

DU MÊME AUTEUR :

LE MARIAGE CIVIL & LE DIVORCE

dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe.

Étude précédée d'un aperçu sur les origines du Droit civil moderne.

1880. — 1 vol. in-8. — Prix : **8 fr.**

HISTOIRE

DU DROIT ET DES INSTITUTIONS

POLITIQUES, CIVILES & JUDICIAIRES DE L'ANGLETERRE

Comparés au droit et aux institutions de la France depuis leur origine jusqu'à nos jours.

1883. — 6 volumes in-8. — Prix : **60 francs.**

LES INSTITUTIONS POLITIQUES
DES ROMAINS

OU

EXPOSÉ HISTORIQUE DES RÈGLES DE LA CONSTITUTION
ET DE L'ADMINISTRATION ROMAINE
Depuis la fondation de Rome jusqu'au règne de Justinien

Par J.-B. MISPOULET

Avocat à la Cour d'Appel, Docteur en Droit, Ancien élève de l'École des Hautes Études.

LA CONSTITUTION. — L'ADMINISTRATION.

1883. — 2 vol. in-8. — Prix : **18 fr.**

DISSERTATIONS DE DROIT ROMAIN
ET DE DROIT FRANÇAIS

Par E. MACHELARD

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

RECUEILLIES ET PUBLIÉES PAR SON FILS

G. MACHELARD

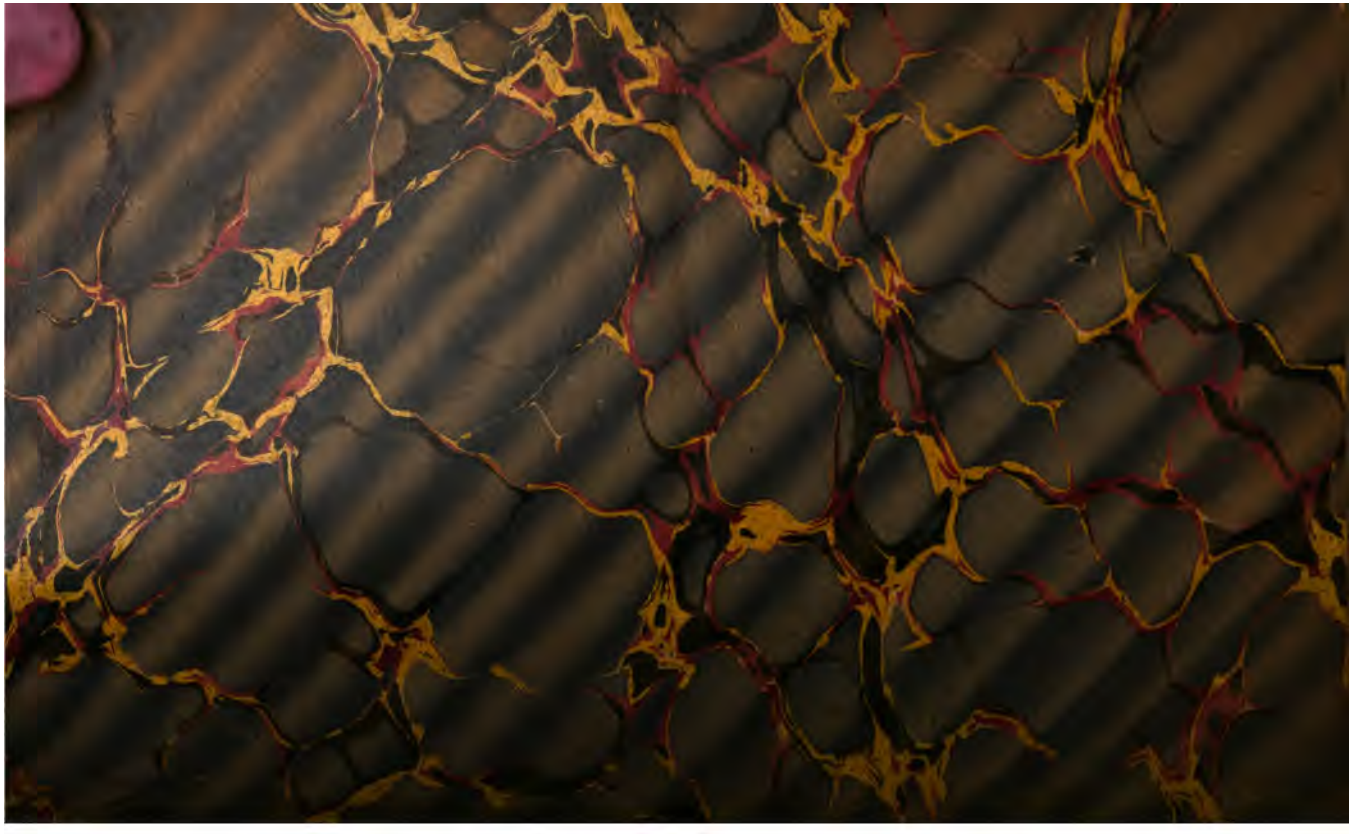
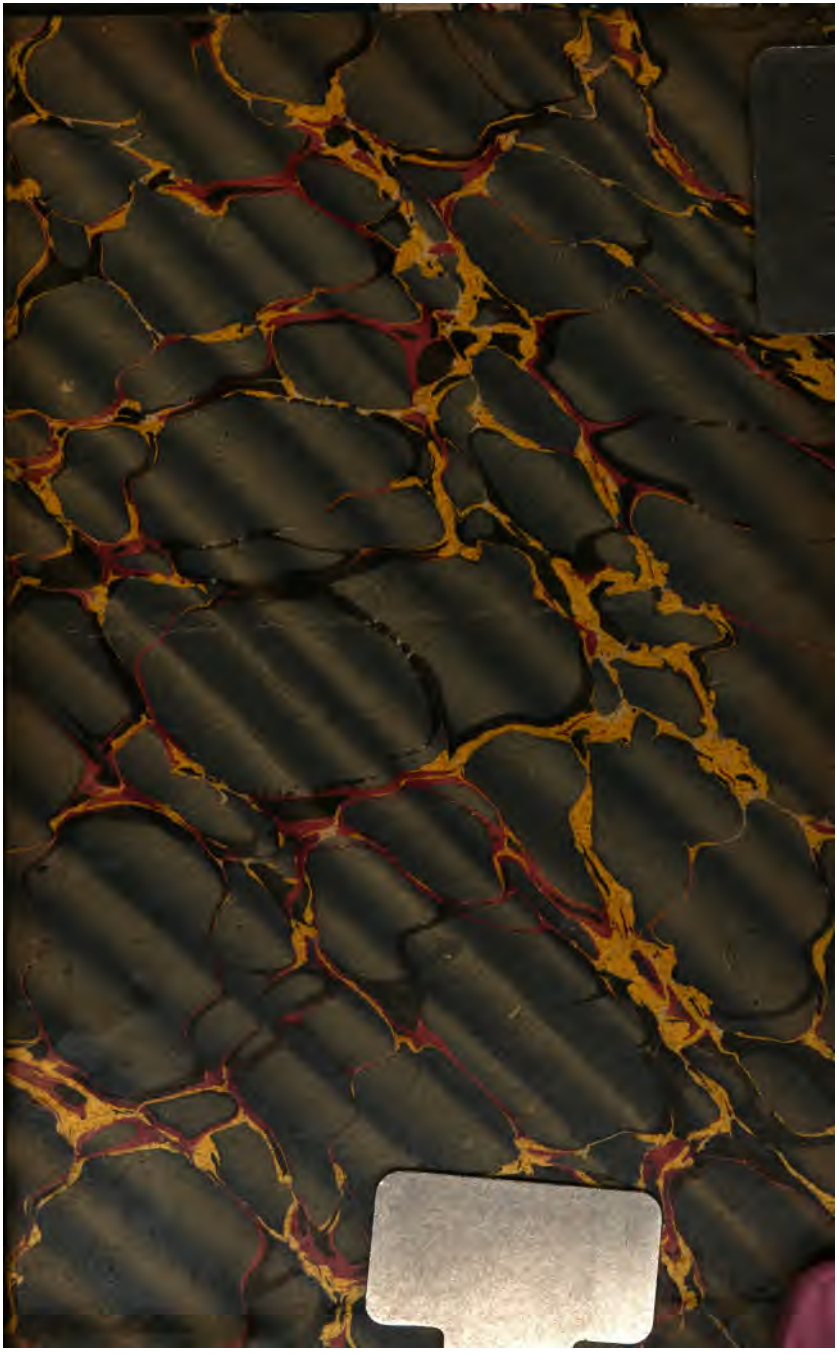
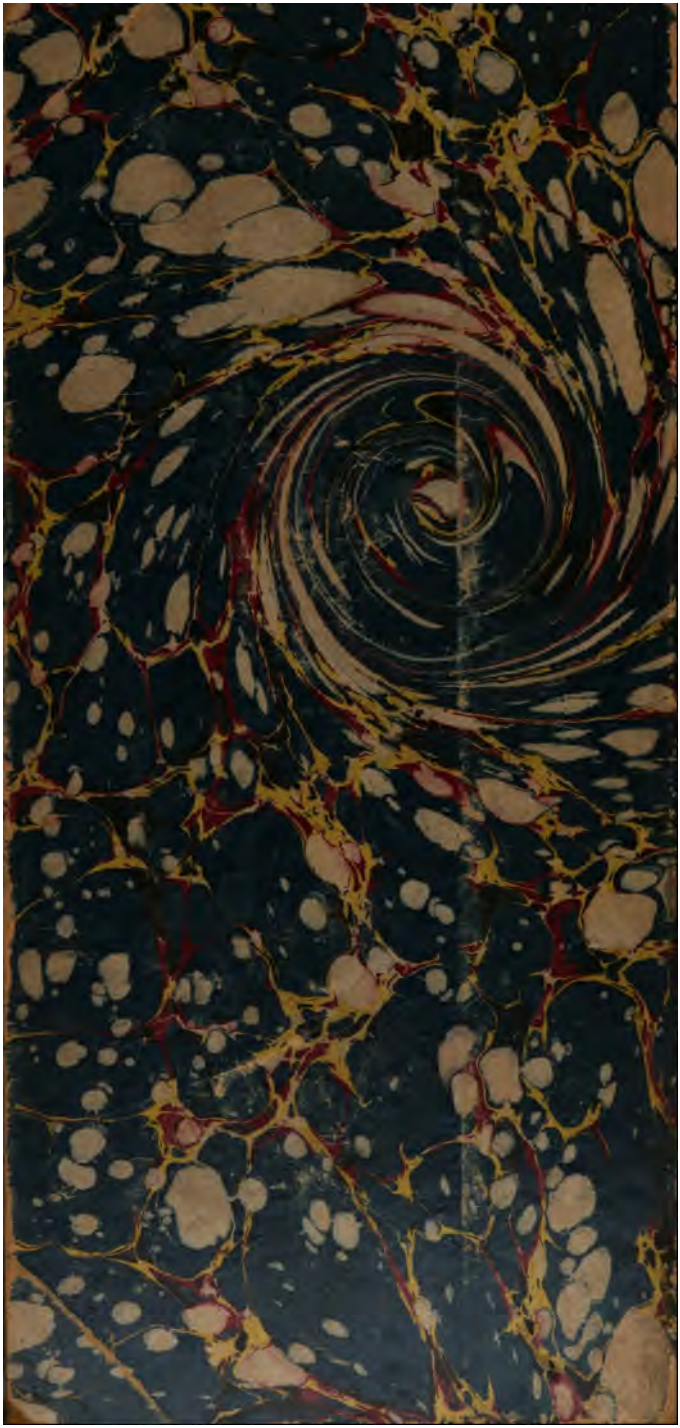
Auditeur à la Cour des Comptes

Suivies d'Appendices

par J.-T. LABBÉ

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

Contenant : DROIT ROMAIN. — De la possession. — Des hypothèques. — Des donations entre époux. — Observations sur la loi Cincia. — Observations sur la corréalité. — Étude sur la règle Catonienne en droit romain. — Examen de la règle: *Dies incertus conditionem in testamento facit.* — Dévolution et accroissement de la *Querela in officiosi testamenti.* — Observations sur la *Responsa prudentium.* — DROIT FRANÇAIS. — De la rétention de la réserve par l'héritier renonçant.

1882, in-8. Prix : 12 fr.

Laval. — Imprimerie et stéréotypie E. JAMIN, 41, rue de la Paix.